

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

Les Rapports Pécuniaires des Epoux

à partir de l'instance en divorce
ou en séparation de corps

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 28 Mai 1938, à 14 heures

PAR

GERMAIN LAGUETTE

JURY DE LA THÈSE

Président : M. NIBOYET, Professeur.

Suffragants { MM. MOREL, Professeur.
HAMEL, Professeur.

LES PRESSES MODERNES
96, Galerie Beaujolais, 96
PARIS

1938

LES RAPPORTS PÉCUNIAIRES DES ÉPOUX
à partir de l'instance en divorce
ou en séparation de corps

ERRATA

PAGE 99 :

4^e ligne, dernier alinéa, *lire* : l'article 310
au lieu de : l'article 301

PAGE 101 :

7^e ligne, dernier alinéa, *lire* : l'article 310
au lieu de : l'article 301

Les Rapports Pécuniaires des Epoux

à partir de l'instance en divorce
ou en séparation de corps

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 28 Mai 1938, à 14 heures

PAR

GERMAIN LAGUETTE

JURY DE LA THÈSE

Président : M. NIBOYET, Professeur.
Suffragants } MM. MOREL, Professeur.
 HAMEL, Professeur.

LES PRESSES MODERNES
96, Galerie Beaujolais, 96
PARIS

1938

*La Faculté n'entend donner aucune appro-
bation ni improbation aux opinions émises dans
les thèses; ces opinions doivent être consi-
dérées comme propres à leurs auteurs.*



Introduction

Parmi les obligations nées du mariage, il en est, comme celle de fidélité, qui se rattachent uniquement à une idée morale ou de police sociale. D'autres, au contraire, tiennent à ce que le législateur ne saurait se désintéresser de la situation des enfants nés de cette union. Enfin, un certain nombre de relations se créent du fait que le mariage implique des rapports, non seulement entre deux individus, mais aussi entre deux patrimoines. Ce ne sont au surplus pas ceux qui donnent lieu aux difficultés les moins nombreuses. Ils ne représentent d'ailleurs pas uniquement un intérêt d'argent : le but même du mariage, la communauté de vie en résultant, la surveillance d'enfants, influent profondément sur les droits et devoirs pécuniaires des époux, comme sur tous les autres.

Il est même parfois malaisé de tracer exactement la limite entre les obligations d'ordre patrimonial et celles d'ordre extra-patrimonial. Et les problèmes qui se posent à cet égard présentent des variétés infinies, car les rapports pécuniaires des époux restent toujours sous l'influence de l'ensemble du statut matrimonial.

Les époux se doivent mutuellement secours et assistance. Il en résulte toute une série d'obligations pécuniaires, de nature très particulière, au demeurant modifiées par la manière dont est remplie l'obligation de vie commune. De plus, chacun des conjoints est tenu d'élever et d'entretenir les enfants

nés du mariage. C'est là une obligation morale, mais aussi une charge matérielle, dont l'exécution pourra influencer profondément les rapports pécuniaires des époux. En troisième lieu, et dans un domaine plus particulièrement patrimonial, le régime matrimonial a de nombreuses répercussions sur la situation des époux au point de vue de leurs fortunes respectives. Enfin, au décès de l'un des conjoints, le survivant pourra faire valoir des droits sur la succession du prédécédé, soit *ab intestat*, soit en vertu d'un acte de dernière volonté du pré-mourant.

L'aspect pécuniaire des rapports des époux a donc une importance considérable et toutes les circonstances qui modifient leur situation ont une influence immédiate sur cet aspect. Il en est ainsi notamment de l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps.

Tout d'abord, aux termes de l'article 252 du Code civil *in fine*, c'est au jour de la demande que « le jugement ou l'arrêt devenu définitif remontera, quant à ses effets entre « époux, en ce qui touche leurs biens ». Par ailleurs, et en dehors de cet effet rétroactif, l'instance représente en elle-même une période transitoire, d'attente, qui affecte profondément la situation des conjoints. Il ne saurait être question de maintenir pendant ce temps le *statu quo ante*. Dès la première intervention du pouvoir judiciaire, qui est l'ordonnance de non-conciliation, les rapports des époux sont transformés. Un certain nombre de mesures doivent être prises pour la durée de l'instance. Elles ont un caractère éminemment provisoire et accessoire : rendues nécessaires par l'introduction de l'instance, elles ne lui survivent pas et disparaissent avec sa clôture, soit lorsque le jugement est devenu définitif, soit lorsque l'époux demandeur abandonne la procédure.

En second lieu, dictées par la nécessité d'assurer la si-

tuation des conjoints pendant cette période, elles ne sauraient en aucune manière être influencées par les fautes imputables à l'un ou à l'autre.

Enfin, la solution du procès ne pouvant être connue au moment où elles sont prises, il n'y a pas à distinguer suivant qu'il s'agit d'une demande en séparation de corps ou en divorce. En effet, la procédure est, dans son ensemble, la même dans les deux cas. Le demandeur en séparation de corps n'est pas tenu, il est vrai, de présenter sa requête en personne. En effet, les articles 875 et suivants du Code de procédure civile organisent la procédure de la séparation de corps de manière semblable à celle du divorce. L'article 307 du Code civil ne renvoie pas pour la séparation de corps, à l'article 234 du Code civil, qui édicte l'obligation du demandeur en divorce de se présenter en personne (1). Mais cette différence de procédure reste sans effet sur la situation des époux pendant l'instance. Il est également inutile de distinguer suivant que les mesures provisoires sont prises en faveur du demandeur ou du défendeur à l'action. La situation du bénéficiaire est en général sans influence sur la décision prise les concernant.

De toute autre nature sont les règles établies par la décision qui clôt l'instance, relativement aux rapports pécuniaires des époux. La décision qui prononce la séparation de corps ou le divorce crée, en effet, un état de droit tout-à-fait nouveau. Nous n'examinerons pas les controverses relatives à la règle actuelle, d'après laquelle le divorce est prononcé par le jugement avec effet au jour où il devient irrévocable, c'est-à-dire, en pratique, à l'expiration des délais d'appel ou de cassation,

(1) AUBRY et RAU, VIII, par. 484, p. 358 ; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVÉAU, IV, p. 308 ; PLANIOL et RIPERT, ROBAST, II, n° 667.

alors qu'il n'est opposable aux tiers que par la transcription. Retenons simplement que, contrairement à celles de l'ordonnance de non-conciliation, les dispositions du jugement irrévocable ont, sauf quelques réserves, un caractère définitif.

La culpabilité de l'un ou de l'autre des conjoints, ou de tous les deux, est de nature à influencer assez profondément les mesures prises par cette décision finale. En outre, la situation ne sera pas la même suivant la solution donnée à l'instance. Nous ne nous occupons pas du cas, d'ailleurs très rare, où la demande est rejetée. Les époux reprennent en principe la vie commune, et tout doit se passer comme s'il n'y avait jamais eu d'instance engagée.

Presque toutes les différences existant entre les deux solutions possibles de l'instance s'expliquent parce que la séparation de corps laisse subsister le mariage, alors que le divorce entraîne sa dissolution. Dans la première hypothèse, le devoir de secours subsiste donc entièrement, alors qu'au contraire, il devrait n'en rester aucune trace entre les époux divorcés. Le régime matrimonial survit en principe et bien que dans une mesure atténuée, entre les époux séparés de corps, qui deviennent *ipso facto* séparés de biens. Le divorce, lui, entraîne la liquidation du régime matrimonial : les patrimoines des époux n'ont plus rien de commun. Enfin, si un droit de succession du conjoint survivant séparé de corps peut exister sous certaines réserves, il serait un non-sens en cas de divorce.

Nous inspirant de ces considérations qui précèdent, nous étudierons dans deux parties distinctes de notre étude les rapports pécuniaires des époux dérivant de l'obligation de secours et du régime matrimonial. Pour chacun de ces groupes, nous aurons à distinguer entre les mesures provisoires pen-

dant la durée de l'instance, et les mesures définitives, une fois prononcé le divorce ou la séparation de corps.

Nous ne nous occuperons pas des conséquences de l'instance en séparation de corps ou en divorce sur l'obligation d'élever et d'entretenir les enfants communs. Le fait de n'avoir pas leur garde ne dispense nullement l'époux de cette obligation qui devient alors, par la force des choses, essentiellement pécuniaire, et survit au mariage même. Son exécution peut évidemment donner lieu à de graves difficultés entre les époux. L'étude de celles-ci déborde cependant notre cadre puisqu'il ne s'agit pas, à la vérité, uniquement de questions de rapports entre époux. Et surtout, pour les résoudre de façon satisfaisante, il faudrait faire intervenir principalement des notions propres à la puissance paternelle.

Nous nous proposons également de laisser de côté le problème que posent la question de la réconciliation des époux séparés de corps, et le remariage des époux divorcés (2). Il en résulte, évidemment, des conséquences très particulières au point de vue des rapports pécuniaires des époux, mais celles-ci ne sont pas à proprement parler des conséquences du divorce ou de séparation de corps, c'est pourquoi nous nous bornerons à indiquer les principes régissant le régime matrimonial et la capacité de la femme dans cette éventualité de réconciliation ou de remariage.

Enfin nous limitant aux rapports pécuniaires des seuls époux, nous ne résoudrons pas les problèmes posés par le décès de l'un d'eux, soit au cours de l'instance, soit après, puisque le survivant se trouve avoir devant lui les héritiers et ayants droit du *de cujus*, et non pas l'autre conjoint ou ex-conjoint.

(2) V. LALOU : *Le Jeu du mariage et du divorce et les changements du régime matrimonial*; D. H. 1930. 9.

PREMIÈRE PARTIE

Rapports pécuniaires des époux au point de vue du devoir de secours

Parmi les obligations réciproques nées du mariage, l'article 212 du Code civil cite le devoir de secours, dont la portée est ensuite précisée dans l'article 214.

Avant la loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée, ce dernier texte ne prévoyait expressément que l'obligation du mari de « fournir à la femme tout ce qui lui est « nécessaire, selon ses facultés et son état ». Mais l'extension à la femme du devoir de secours ne faisait aucun doute, l'article 212 le déclarant réciproque (1).

Le nouvel article 214 ne donne plus lieu à aucune équivoque : il régleme la façon dont la femme devra contribuer aux frais du ménage et à l'entretien des enfants communs. Et les sanctions — saisie-arrêt de partie des salaires, produits du travail ou revenus du conjoint qui n'exécute pas son obligation — édictées par ce même texte pour l'inexécution de l'obligation de secours l'ont été aussi bien à l'égard du mari que de la femme (2). Dans le cas normal, celui de la vie commune des époux, ceux-ci s'acquittent du devoir de secours en nature, à l'aide du « fonds d'affectation spéciale » (3) qui existe forcé-

(1) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 349.

(2) Cette partie de l'article 214 est l'extension de l'article 7 de la loi du 13 juillet 1907, maintenant abrogé, qui ne prévoyait la saisie-arrêt que des salaires.

(3) SAVATIER, *Des inconvénients du régime conventionnel de séparation de biens*, DH., Chronique, 1929, 21.

ment, quel que soit le régime matrimonial, et dont seule la composition varie, suivant les cas. Cette manière de procéder n'est plus possible dès que cesse la communauté de vie, soit que les époux vivent en fait séparés, — hypothèse dont nous ne nous occuperons pas —, soit qu'il y ait entre eux une séparation judiciaire, définitive ou non. En d'autres termes, l'obligation de secours ne peut plus être exécutée en nature, notamment dès lors que les époux, ayant intenté une action en séparation de corps ou en divorce, ont été déliés de l'obligation de vivre ensemble.

Lorsque l'instance se clôt par un jugement de séparation de corps, le mariage subsiste et, par suite, le devoir de secours, mais non la communauté d'existence, d'où un certain nombre de difficultés relativement à l'exécution de ce devoir, généralement remplacé par le paiement d'une pension alimentaire. Enfin, au cas où le mariage est dissous par le divorce, l'on peut se demander, étant donné que, le plus souvent, l'un des époux continue à verser à l'autre une pension alimentaire, s'il n'y a pas là une sorte de survivance du devoir de secours.

Dans toutes ces hypothèses, il y aura lieu d'étudier le sort du devoir de secours, son remplacement ou sa disparition complète. Et de ce que l'un des époux, en instance de séparation de corps ou de divorce, séparé de corps ou divorcé, verse généralement à l'autre une « pension alimentaire », il ne faudrait pas conclure de l'identité apparente du mode de paiement à l'identité de nature de l'obligation ainsi remplie. Les règles applicables diffèrent suivant que l'instance est en cours ou terminée, et aussi suivant qu'elle se clôt par la séparation de corps ou le divorce. Au surplus, la situation du conjoint divorcé n'est pas exactement la même au point de vue de la « pension alimentaire » suivant que le divorce a été prononcé direc-

tement ou qu'il est le résultat d'une conversion de séparation de corps en divorce.

Nous aurons donc à examiner successivement dans deux sections le caractère de la pension alimentaire pendant l'instance et après le prononcé du jugement. Et, pour cette seconde période, il nous faudra distinguer suivant que le jugement prononce le divorce, la séparation de corps ou la conversion de la séparation de corps en divorce.

SECTION PREMIÈRE

LE DEVOIR DE SECOURS PENDANT L'INSTANCE

On peut supposer que les époux règlent à l'amiable l'exécution du devoir de secours pour la durée de l'instance. Cette hypothèse est rare, mais la convention des parties sur ce point serait parfaitement valable (4). Il en serait, bien entendu, autrement des conventions intervenues pour faciliter la rupture du lien conjugal, qui doivent être annulées (5).

Le plus souvent, c'est aux tribunaux qu'il appartiendra de fixer l'obligation de secours pour la durée de l'instance, ce qu'ils font généralement en condamnant l'un des époux à payer une pension alimentaire à l'autre. Un certain nombre de problèmes se posent au sujet de cette pension alimentaire, tout d'abord quant à sa détermination. A cet égard, nous aurons à préciser à la charge de qui elle est mise, pendant combien de temps elle est due, comment en sont fixés le montant — ce qui nous amènera à étudier la provision *ad litem* —, et le mode de paiement. Ceci nous conduira à rechercher quelles sont les sûretés données à l'époux créancier pour garantir ce paiement et quelles sanctions sont applicables au cas de non-paiement. Enfin, la détermination du tribunal compétent en cette matière donne lieu à quelques difficultés, que nous examinerons pour terminer, en même temps que les voies de recours dont est susceptible la décision relative à la pension alimentaire.

(4) Ainsi jugé pour la résidence séparée, fixée d'accord entre les époux, Cass. req. 6 février 1889, D. 1890. 1. 269. Comp. cependant pour la convention relative à la pension alimentaire, intervenue, il est vrai, en cours d'instance, Seine, 18 juin 1934 D.H. 1934. 371.

(5) Seine 18 juin 1934 D.H. 1934. 371.

La solution des multiples problèmes que pose la pension versée pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps par l'un des époux à l'autre pour remplacer, en tout ou en partie, l'exécution en nature de l'obligation de secours, est dominée par trois idées : il s'agit tout d'abord d'une mesure essentiellement *provisoire*, susceptible d'être modifiée constamment, suivant les circonstances. En second lieu, elle nous apparaît comme *accessoire à l'instance*. Enfin, son caractère *subsidaire* explique également certaines de ses particularités.

CHAPITRE I

DÉTERMINATION DE LA PENSION ALIMENTAIRE DUE EN EXÉCUTION DU DEVOIR DE SECOURS PENDANT L'INSTANCE

Nous avons eu déjà l'occasion d'indiquer que la cessation de la vie commune, consécutive à l'introduction de l'instance en divorce ou en séparation de corps a pour résultat de transformer, non pas la nature des obligations nées du mariage, mais leur mode d'exécution.

C'est ainsi que les prestations en nature fournies pendant le mariage pour l'accomplissement du devoir de secours, ne pouvant plus l'être de la même manière, seront remplacées par le paiement d'une pension alimentaire versée par l'un des époux à l'autre.

Cette créance a donc sa source, non pas dans la décision qui condamne l'un des conjoints au paiement de la pension, mais dans le mariage lui-même. Il en résulte que cette décision ne préjudicie nullement au principal (6) et que la condamnation de l'un des époux au versement d'une pension alimentaire à l'autre n'implique nullement à sa charge une faute quelconque. C'est là un point sur lequel nous aurons maintes fois l'occasion de revenir.

La pension à payer est essentiellement « alimentaire », c'est-à-dire que, d'une part, elle a pour objet de fournir au créancier de quoi vivre et que, d'autre part, elle se modèle à la fois, comme l'obligation de secours elle-même, sur les « fa-

(6) Cass. civ. 14 novembre 1921, D. 1925. 1. 165.

cultés » du débiteur et sur l' « état » du créancier. Elle sera par suite susceptible de varier avec ces « facultés » et cet « état ». Il reste bien entendu qu'elle ne doit être fournie que subsidiairement, en l'absence de ressources propres du créancier. Nous rappellerons, pour être complet, qu'instituée dans l'intérêt de la famille, elle comprendra également, si l'époux créancier est en même temps chargé de la garde des enfants, la part contributive de l'époux débiteur dans l'entretien et l'éducation des enfants communs.

A la vérité, ces différentes caractéristiques influent les unes sur les autres et il est assez difficile d'isoler chacune des règles applicables des autres. Nous commencerons par indiquer qui est débiteur de la pension alimentaire, et nous verrons à cette occasion que celui qui verse la pension pendant l'instance n'est pas forcément celui auquel en incombe la charge définitive. En second lieu, nous indiquerons le temps pendant lequel est due la pension. Enfin, nous nous efforcerons de dégager les règles d'après lesquelles sont fixées son montant et son mode de paiement pendant l'instance.

A. — PAR QUI LA PENSION ALIMENTAIRE EST DUE.

L'obligation de secours est essentiellement réciproque, ainsi que nous l'avons précédemment indiqué. Néanmoins, dans la plupart des cas, ce sera le mari qui sera condamné à payer une pension alimentaire à la femme pendant l'instance. En effet, le plus souvent, c'est le mari qui a la disposition des revenus de la femme : ou bien les époux sont mariés sous le régime de la communauté, et c'est à lui qu'appartient l'administration des propres de la femme, ou bien il s'agit d'une femme dotale, dont la dot est également administrée par le mari. Ses pouvoirs durent autant que le mariage. Par suite,

au cours de cette période, ce n'est que si elle est séparée de biens ou si elle exerce une profession distincte et séparée, que la femme sera en mesure de pourvoir à ses besoins, en totalité, ou en partie seulement. Dans ce dernier cas, le mari devra également lui verser une pension alimentaire, pour compléter ses ressources.

Mais, si la pension versée à la femme est le cas le plus fréquent, par suite des règles des régimes matrimoniaux, rien ne s'oppose à ce que le mari puisse obtenir une pension alimentaire à son profit : la femme sera condamnée au paiement d'une telle pension toutes les fois que le mari sera sans ressources propres, les revenus du ménage étant procurés en entier ou pour leur plus grande partie, par la femme, soit par son travail, soit par ses revenus.

Les droits du mari à cet égard avaient déjà été admis sous l'empire des textes dans leur rédaction primitive, alors que les articles 268 et 269 notamment ne prévoyaient l'allocation d'une pension qu'à la femme (7).

A l'heure actuelle, où les textes prévoient la pension alimentaire, sans précision de la personne du débiteur, aucune difficulté, même de texte interprété restrictivement, ne s'oppose plus à la condamnation de la femme au paiement d'une pension alimentaire à son mari pendant l'instance, dès lors que sont respectées les règles générales de la proportionnalité de la pension aux ressources et aux besoins respectifs des époux.

Du caractère alimentaire de la pension, destinée unique-

(7) PAUCOT, *Les relations matrimoniales des époux pendant l'instance en divorce, en séparation de biens, ou de corps*, thèse Paris, 1932, p.84.

ment à remplacer le devoir de secours, il résulte que les torts éventuels de l'époux n'ont pas à entrer en ligne de compte pour l'établissement de sa charge : il s'agit, en effet, de donner des ressources à l'époux dans le besoin et non de réparer une faute.

La question de la charge de la pension alimentaire entre époux pendant l'instance pose un problème des plus délicats. Il résulte, en effet, de l'article 252 alinéa 6, que le jugement ou l'arrêt définitif de divorce remonte, quant à ses effets entre époux, en ce qui concerne leurs biens, au jour de la demande (8). En d'autres termes, c'est à ce jour, auquel il faut se placer pour la liquidation du régime matrimonial (9), que disparaît le « fonds d'affectation spéciale », servant à assurer l'exécution du devoir de secours. Mais la rétroactivité se borne aux biens, et l'obligation de secours subsiste pendant toute l'instance. Dans ces conditions, c'est au jour de la demande de pension que l'on devra apprécier les ressources de chacun et voir si elles sont suffisantes pour lui permettre de subvenir à sa subsistance.

Après la liquidation du régime, l'époux créancier de la pension alimentaire pourra se trouver propriétaire de biens dont il n'avait pas la jouissance pendant l'instance (biens dotaux, biens propres de la femme commune, part de communauté de la femme, ou du mari sur les biens réservés). L'époux qui avait l'administration de ces biens doit en rendre compte, pour le temps de l'instance. Il est juste d'imputer sur

(8) Par jour de la demande, il faut entendre ici, non le jour du dépôt de la requête, mais celui de la citation en justice; Cass. civ. 27 mai 1921, D. 1923. I. 65. note ROUAST S. 1922. I. 60; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, IV, n° 244; PLANIOL et RIPERT, ROUAST II, 34. 6. 21.

(9) V. *infra*, 2^e partie.

les revenus qu'il a touchés le montant de la pension alimentaire qu'il a payée (10). Cette imputation ne saurait être faite sur le capital des biens restitués à l'époux créancier de la pension (11). En effet, il est un principe général en matière de pension alimentaire, c'est que les besoins du créancier d'aliments sont appréciés en tenant compte uniquement de ses revenus, abstraction faite de la valeur de ses biens (12).

En résumé, la charge de la pension alimentaire soulève à la fois une question de paiement et une question de contribution, qui ne sont pas nécessairement résolues de la même manière. L'époux qui a versé la pension pendant l'instance n'en supporte pas forcément la charge définitive.

B. — TEMPS PENDANT LEQUEL EST DUE LA PENSION ALIMENTAIRE

Jusqu'à présent, nous avons indiqué que l'obligation de secours subsiste pendant l'instance et qu'elle est remplacée le plus souvent par l'obligation de payer une pension alimentaire. Mais il est indispensable de préciser ce que l'on entend exactement ici par « pendant l'instance ». En effet, c'est là une terminologie dont l'exactitude laisse à désirer, puisque l'instance en divorce ne commence en réalité que par l'assignation devant le tribunal (13), alors que la pension alimentaire, succédané de l'obligation de secours, est généralement fixée auparavant.

Nous indiquerons donc successivement le moment de la naissance de la pension et celui de sa disparition.

(10) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 609.

(11) Cass. req. 2 mai 1927, D. 1928. I. 44; S. 1928. I. 185. note AUDINET; PAUCOT, *op. cit.*, 105.

(12) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 33.

(13) V. *Supra*, n. 8.

a) *Naissance de la dette de pension alimentaire.* — Le demandeur présente sa requête en personne, s'il s'agit d'une demande en divorce, nous l'avons indiqué, et par avoué, s'il s'agit d'une demande en séparation de corps. Aux termes de l'article 236 du Code civil, le juge peut, en même temps qu'il autorise le demandeur à citer le défendeur à comparaître devant lui, « autoriser l'époux demandeur à résider séparément ». D'après le Code civil, c'est dans l'ordonnance de non-conciliation seulement qu'il sera statué sur les autres mesures provisoires. Aux termes de l'article 238, en effet, « le juge « statue à nouveau, s'il y a lieu, sur la résidence de l'époux « demandeur, sur la garde provisoire des enfants, sur la remise des effets personnels, et il a la faculté de statuer également, s'il y a lieu, sur la demande d'aliments ».

Il est à remarquer que cet article fait une distinction entre les mesures provisoires, résidence de l'époux demandeur, garde provisoire des enfants, remise des effets personnels, sur lesquelles le juge statue à *nouveau* dans l'ordonnance de non-conciliation, et la demande d'aliments sur laquelle « *il a faculté de statuer également* ».

De cette différence de rédaction des textes, on a conclu que le juge a pu statuer sur la garde provisoire des enfants, la remise des effets personnels dès le dépôt de la demande, mais qu'il ne peut être appelé à le faire sur la demande d'aliments que dans l'ordonnance de non-conciliation (14).

D'autres auteurs, interprétant le texte de l'article 236 de façon très stricte, estiment que, seule de toutes les mesures provisoires, la fixation d'une résidence séparée peut être envisagée lors du dépôt de la demande : on peut espérer, à ce moment encore, que les époux se réconcilieront. Ce n'est qu'au

(14) BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUEAU, IV, n° 185.

cas de non-conciliation, constatée par l'ordonnance, que le demandeur sera autorisé à assigner en justice. C'est aussi dans cette hypothèse seulement, qu'il y aura lieu de prendre les mesures en question (15).

Malgré la rédaction des textes et les arguments que l'on en peut tirer, nous croyons que le président devrait pouvoir statuer sur la pension alimentaire dès le dépôt de la requête : en effet, dès lors qu'il y a résidence séparée, il y a lieu de fixer la manière dont sera remplacée l'exécution en nature du devoir de secours dorénavant impossible (16).

L'intérêt de cette controverse est, il faut le dire, très atténué du fait qu'il s'écoule en pratique un intervalle de temps très court, entre le dépôt de la demande et l'ordonnance de non-conciliation et que, d'autre part, le juge peut dans l'ordonnance de non-conciliation fixer le point de départ de la pension au jour de la requête et qu'enfin il y a toujours possibilité, en cas d'urgence, de recourir à la juridiction des référés (17).

b) *Moment auquel la pension alimentaire prend fin.* — La pension alimentaire, telle que fixée au début de l'instance, est valable comme toutes les mesures provisoires, durant toute l'instance, sous certaines réserves, toutefois.

Tout d'abord, comme toute pension alimentaire, elle peut être modifiée suivant les circonstances. Or, il peut arriver que le « fait nouveau » entraînant nécessité de modification soit la disparition des besoins de l'époux créancier, qui acquiert, par exemple, des ressources propres suffisantes pour subvenir à sa

(15) AUBRY et RAU, VII, par. 478, p. 326 ; trib. civ. Lyon, 25 novembre 1920, D. 1921. 2. 522.

(16) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 606.

(17) PAUCOT, *op. cit.*, 80.

subsistance pendant la durée de l'instance. Au contraire, l'époux débiteur peut voir se réduire ses « facultés », de telle sorte qu'il ne puisse plus remplir le devoir de secours, soit qu'il perde ses ressources, soit qu'il se voit enlever par justice les pouvoirs qu'il avait sur les biens communs ou sur ceux de l'autre époux.

Dans l'un comme dans l'autre cas, le tribunal supprimera la pension alimentaire.

Par ailleurs, la disparition de la pension due à l'époux demandeur peut résulter de l'application de l'article 238 dernier alinéa, du Code civil. Ce texte prévoit la suppression des mesures provisoires ordonnées au profit du demandeur qui négligerait de se servir du permis de citer dans les vingt jours de l'ordonnance de non-conciliation. Ces mesures cessent de plein droit, c'est-à-dire que l'époux défendeur et débiteur peut se prévaloir de la disparition de son obligation au paiement, *ipso facto*, par le seul fait de l'expiration du délai, sans qu'il y ait eu de citation, sans être obligé de faire prononcer la déchéance du créancier par une juridiction quelconque (18).

Bien entendu, aux termes mêmes de la loi, et conformément à sa raison d'être, cessent seules de plein droit les mesures provisoires prises en faveur du demandeur devenu, par la suite, négligent. Au contraire, les mesures provisoires prises dans l'ordonnance de non-conciliation au bénéfice du défendeur subsistent, tant que cette ordonnance n'a été ni infirmée ni modifiée (19).

Mais la négligence du demandeur à citer dans les vingt jours de l'ordonnance, n'est pas autrement sanctionnée et le

(18) Lyon, 12 janvier 1926, D. H. 1926, 108.

(19) Rabat, 4 décembre 1937, *Gazette des Tribunaux du Maroc*, 19 février 1938.

demandeur peut encore valablement saisir le tribunal, même après l'expiration de ce délai. Il en résulte qu'une fois l'instance régulièrement introduite, il est loisible au demandeur de solliciter l'allocation d'une pension alimentaire (20) qui ne pourra, semble-t-il, être accordée que pour l'avenir. Décider autrement, et admettre la possibilité de fixer une pension alimentaire à partir du moment où elle avait cessé d'être payée, serait évidemment ôter toute effet à la déchéance voulue par la loi.

Le moment auquel la dette de pension alimentaire s'éteint définitivement donne lieu à une double difficulté. L'on est, en effet, en droit de se demander si cette extinction est contemporaine de la fin de l'instance proprement dite et, dans ce cas, si c'est bien le jour où le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce est devenu irrévocable qu'il faut considérer l'instance comme terminée ? ou bien au contraire s'il y a lieu de prolonger la dette de pension alimentaire jusqu'à la fin des opérations de liquidation du régime matrimonial ?

Nous ne croyons pas que l'on puisse sérieusement prétendre maintenir l'obligation à la pension alimentaire jusqu'à la transcription du jugement de divorce. En effet, la transcription est uniquement une mesure destinée à protéger les tiers qui, seuls, peuvent se prévaloir de son défaut (21). Elle ne change en rien les rapports des parties (22). Par conséquent, l'instance est finie dès que la décision qui statue sur le fond est devenue irrévocable.

Tous les effets du mariage cessent donc de se produire

(20) Pau, 10 août 1887, D. 1888. 2. 242.

(21) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 623, p. 519; Cass. Civ. 16 février 1937, *Semaine juridique*, 1937, 209; *Rev. Trim.* 1937, 342.

(22) Voir cependant Cass. civ. 18 avril 1893, S. 1894. 1. 5, note LABBÉ, Paris, 3 mai 1899, S. 2. 251.

erga omnes dès ce moment (23); l'obligation de secours a notamment disparu. Il semblerait donc qu'il faille conclure à la disparition de la pension alimentaire dès que le jugement ou l'arrêt de divorce est devenu irrévocable.

Telle n'est pas, cependant, la solution généralement admise. En effet, nous avons indiqué que la pension alimentaire est généralement payée par celui des époux qui a la disposition du « fonds d'affectation spéciale » destiné, au cours du mariage, à servir à l'exécution du devoir de secours. La pension alimentaire doit, en bonne logique, être payée aussi longtemps que dure cette situation elle-même, c'est-à-dire jusqu'à la liquidation du régime matrimonial. C'est à ce moment seulement que chacun reprend l'entière disposition de ses biens et que l'obligation alimentaire cesse d'avoir sa raison d'être (24).

Au surplus, cette solution équitable et conforme au fondement de la pension alimentaire allouée pendant l'instance, ne présente aucun inconvénient pratique. Elle n'est en outre nullement contraire à la règle que le mariage ne saurait produire d'effets après que la décision prononçant le divorce soit devenue définitive puisque, comme nous l'avons indiqué, les effets du divorce remontent entre les époux et quant à leurs biens, au jour de la demande.

Si l'instance se termine par un jugement de séparation de corps, les effets du jugement se produisent au jour où il devient irrévocable; la transcription du jugement de séparation de corps n'étant pas nécessaire, aucune difficulté ne saurait se

(23) PLANIOL et RIPERT, *ibid.* Voir cependant Seine 9 avril 1936; *Gaz. Pal.* 1936.2.; *Rev. Trim.* 1936. 668.

(24) Cass. req., 13 décembre 1899, S. 1900. 1. 353; Cass. req., 15 décembre 1909, S. 1912. 1. 313 et note GAUDEMET.

produire de ce chef. Pour le surplus, les solutions à donner sont les mêmes qu'en matière de divorce, puisque la jurisprudence, en l'absence de texte, fait rétroagir la séparation de biens qui résulte de plein droit de la séparation de corps, au jour de la demande en séparation de corps, par application de l'article 1445 du Code civil, qui édicte une telle rétroactivité en ce qui concerne la séparation de biens demandée au principal (25).

C. — FIXATION DU MONTANT DE LA PENSION ALIMENTAIRE.

La fixation du montant de la pension est essentiellement une question de fait, pour la solution de laquelle le juge a un pouvoir souverain d'appréciation (26). Nous nous contenterons donc de rappeler rapidement les règles applicables à la fixation du montant de toute pension alimentaire. Mais la fixation de celle-ci, en matière de divorce ou de séparation de corps, suscite des difficultés spéciales parce qu'elle doit couvrir, non seulement les dépenses d'entretien du débiteur, mais aussi les frais de procédure. C'est pourquoi, parmi les mesures provisoires figure fréquemment, à côté de la pension alimentaire, l'allocation d'une provision *ad litem*. Nous examinerons donc successivement les règles relatives à la fixation de la pension alimentaire proprement dite, et ensuite les caractères spécifiques de la provision *ad litem*.

a) *Fixation de la pension alimentaire proprement dite.*

Il n'y a lieu à pension alimentaire, nous l'avons vu, qu'au profit de l'époux qui n'a pas à sa disposition de ressources suffisantes pour lui permettre de subvenir lui-même à ses be-

(25) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 680.

(26) Cass. req., 1^{er} février 1937, D.H. 1937, 220, *Rev. trim.* 1937, 341.

soins pendant l'instance, soit qu'il soit véritablement sans moyens d'existence, soit qu'il n'ait pas l'administration de ses biens personnels ni de sa part de communauté. Le montant de cette pension sera déterminé d'après les facultés de l'époux débiteur et l'« état » du conjoint créancier.

C'est surtout l'appréciation de cette dernière circonstance qui risque de soulever des difficultés, alors que l'évaluation des « facultés » consiste en une opération arithmétique, encore qu'il y ait également à calculer le montant des dépenses d'entretien du créancier lui-même pour pouvoir apprécier exactement ses possibilités de paiement.

L'« état » de l'époux créancier de la pension devra être apprécié en tenant compte, non seulement de ses ressources personnelles, s'il en a d'insuffisantes, et de ce qu'il faut pour vivre à un être humain, mais aussi de son rang, de sa situation sociale et du genre de vie auquel il avait été habitué durant le mariage (27).

Bien entendu, le montant de la pension est fixé d'après les besoins normaux de l'époux à qui elle est due. Mais elle peut toujours être révisée au cas où des besoins imprévus se révéleraient (28) en cours d'instance.

Il faut donc entendre largement le terme de « pension », et y comprendre non seulement les sommes destinées à couvrir les frais d'entretien proprement dit, nourriture, logement et habillement, mais aussi celles correspondant aux autres frais incombant dans le mariage à l'époux débiteur, en application du devoir de secours. C'est ainsi que le mari reste tenu des frais médicaux de sa femme : il est obligé de payer les soins

(27) BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, IV, n° 199.

(28) Valence, 11 juillet 1933, *Gaz. Pal.* 1933 2. 538, *Rev. trim.* 1933 I 163.

nécessités par l'état de santé de celle-ci au cours de l'instance, et ne peut prétendre déduire les honoraires médicaux et autres frais de maladie qu'il a payés pour elle du montant de la pension (29). C'est pourquoi nous croyons devoir faire toutes réserves au sujet de la jurisprudence qui refuse à la femme en instance de divorce toute augmentation de pension à raison de son état de santé, mis en péril par un accident d'automobile, sous prétexte qu'elle a un droit à réparation contre l'auteur de l'accident (30). En effet, si l'accident s'était produit au cours de la vie commune, le mari aurait été obligé de faire soigner sa femme, sans attendre le résultat de l'action existant aussi bien contre l'auteur du fait dommageable. La même solution s'impose, nous semble-t-il, lorsque l'accident se produit pendant l'instance, puisque l'obligation de secours subsiste pendant cette période. L'on pourrait prévoir, que la femme touchant postérieurement le remboursement de ses frais par l'auteur de l'accident, serait obligée de tenir compte à ce moment au mari des avances par lui, faites pour son traitement.

Une autre difficulté s'est présentée récemment en notre matière. Il s'agissait de savoir s'il fallait compter parmi les « ressources » de l'époux créancier de la pension alimentaire, le montant de l'allocation familiale à laquelle il a droit, en application de la loi du 14 mars 1932. Si cette allocation constitue un sursalaire, il faut sans aucun doute répondre affirmativement. Mais la jurisprudence sur la loi de 1932 n'admet pas l'assimilation de l'allocation familiale au salaire (31). C'est

(29) Valence 11 juillet 1933. *Rev. Trim.* 1933, 1. 163.

(30) Paris, 5 février 1931, D. 1932 2 165, note NAST, Riom 20 novembre 1928, D. H. 1928, 614.

(31) Dijon, 24 février 1937, *Gaz. Pal.*, 3 mai 1937. Voir cependant en matière d'abandon de famille, Cass. Crim. 8 novembre 1934, D. H. 1935, 6.

pourquoi le mari n'est pas admis à déduire de la pension alimentaire due par lui le montant de l'allocation familiale touchée par la femme qui a la garde de l'enfant commun (32). Il ne pourrait opérer une telle déduction que pour ce que la femme toucherait à titre de sursalaire marital. Au surplus, il est bien évident qu'en dernière analyse, les allocations familiales touchées par la femme, même à un titre étranger au salaire, ont une influence sur le montant de la pension due pendant l'instance : elles entrent en effet en ligne de compte pour le calcul des ressources de la femme et entraînent donc indirectement une diminution du taux de la pension.

Nous n'insisterons pas davantage sur la fixation de la pension alimentaire proprement dite, car il s'agit au fond des règles généralement applicables en matière de pension alimentaire.

b) *Provision « ad litem ».*

De ce que, dans un très grand nombre de cas, la femme n'a pas la disposition de ses propres revenus, il peut résulter qu'elle se trouve dans l'impossibilité d'intenter une action en divorce ou en séparation de corps, faute d'argent : comme, par hypothèse même, elle a des biens, il est douteux qu'elle obtienne l'assistance judiciaire. Le mari pourrait ainsi mettre obstacle à l'introduction d'une instance qui ne lui agréerait pas, en refusant à la femme de lui donner les fonds nécessaires.

C'est pourquoi il peut être alloué à la femme, en plus de la pension alimentaire, une provision *ad litem*, destinée à lui permettre de faire face aux frais du procès.

La provision *ad litem* participe du caractère de la pension

(32) Trib. paix Paris, 25 juin 1937, *Gaz. Pal.* 1937 2. 361, *Rev. trim.* 1937, 821.

alimentaire et l'on admet généralement qu'elle a sa source dans l'obligation de secours de l'article 212 du Code civil (33). Elle ne peut par suite être accordée à la femme si le mari n'est pas dans une situation matérielle permettant à celui-ci de la payer, ou si elle peut elle-même faire face aux frais du procès (34). C'est ainsi qu'elle ne saurait être allouée à l'époux qui a obtenu l'assistance judiciaire, ce qui lui constitue une sorte de « ressource » d'origine judiciaire (35), ni surtout contre le mari assisté judiciaire, mais la pension *ad litem*, proportionnée aux facultés de l'époux débiteur et à l'importance probable des frais de procédure, est fixée sans qu'il soit tenu compte du rang et de la situation de l'époux demandeur (36).

Rien ne s'oppose, semble-t-il, à ce que la provision *ad litem* puisse être allouée au mari, dans les cas où il n'a pas de ressources propres, les ressources du ménage provenant entièrement de biens dont la femme avait la libre administration, en vertu du régime matrimonial ou en application de la loi du 13 juillet 1907 (37). Là encore, la solution est laissée au juge, qui devra tenir compte du coût éventuel de l'instance dans son ensemble, y compris notamment les honoraires de l'avocat (38).

Contrairement à ce qui se produit pour la pension alimentaire, la provision *ad litem* ne peut jamais être accordée rétroactivement. Elle ne peut être réclamée que pour les frais à faire, et non pour les frais déjà faits, même s'ils ne sont pas

(33) Colmar, 20 novembre 1928, D. 1930, 2 103.

(34) BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, IV, n° 204.

(35) Ibid.

(36) BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, IV, n° 204. p. 129.

(37) AUBRY et RAU, VII, par. 478, p. 327; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, n° 206.

(38) BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *op. et loc. cit.*

couverts (39). Il en résulte que la provision *ad litem* demandée pour la première fois en appel ne comprend pas les frais de première instance (40).

Mais la provision *ad litem* n'est pas restreinte à l'instance en divorce ou en séparation de corps proprement dite : la femme dépourvue de ressources y a droit pour suivre une instance en augmentation de pension alimentaire (41).

Une autre différence existe entre la provision *ad litem* et la pension alimentaire, relativement à la façon dont on détermine qui en aura la charge définitive. Elle est destinée à permettre à l'époux dans le besoin d'engager et de suivre l'instance : elle lui est en quelque sorte fournie simplement à titre de prêt (42). Si la femme ayant touché la provision *ad litem* est condamnée aux dépens, il faudra en imputer le montant sur ce qu'elle reçoit à la liquidation, puisqu'il s'agit d'une dette qui lui est propre, pour le paiement de laquelle des fonds lui ont été avancés. Cette imputation devra se faire non seulement sur les revenus, mais aussi sur le capital (43), puisqu'en dernière analyse, il s'agit d'un prêt.

Si, au contraire, le mari est condamné aux dépens, la provision *ad litem* par lui versée à la femme devra être imputée sur leur montant.

Enfin, si l'époux, auquel la provision *ad litem* a été fournie est réellement sans ressources et le demeure après le prononcé du jugement de séparation de corps ou de divorce et

(39) Rouen, 30 janvier 1897, S. 1897 2 239; Amiens, 13 février 1897, D. 1897 2 438; Bordeaux, 15 juin 1910, D 1912; PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 603.

(40) Colmar (Ch. civ. détachée à Metz), 23 octobre 1936, DH 1936, 561, *Rev. trim.* 1937, 90.

(41) Colmar, 28 octobre 1930, DH, 1931, Som., 41.

(42) Cass. req. 9 juin 1898, S. 1899 I 23.

(43) Paris, 9 juin 1890, S. 1899 I 23; PAUCOT, *op. cit.* 115.

qu'il soit condamné aux dépens, la provision sera suppléée par l'assistance judiciaire (44).

Il n'est pas nécessaire d'insister davantage sur la provision *ad litem*, qu'il est indispensable d'allouer à l'époux dont les ressources sont insuffisantes pour faire face aux frais du procès, sous peine de l'empêcher d'obtenir justice.

D. — MODE D'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION DE SECOURS PENDANT L'INSTANCE.

Qu'il s'agisse de la pension alimentaire ou de la provision *ad litem*, le paiement en est effectué en argent. Et le juge a, sur ce point, des pouvoirs très étendus pour en fixer les modalités.

Nous verrons que deux principes peuvent cependant être dégagés à cet égard : à savoir que, pour la pension alimentaire tout au moins, le paiement en est généralement effectué par versements périodiques. En second lieu, s'agissant de la pension due à la femme, l'on peut noter une tendance de la jurisprudence à organiser ce que l'on a appelé les « succédanés de « la pension alimentaire » (45) et à lui permettre en quelque sorte de toucher directement ses revenus pendant l'instance.

a) *Versements périodiques.*

Les tribunaux ont les plus larges pouvoirs d'appréciation en ce qui concerne la façon dont la pension alimentaire devra être payée pendant l'instance, mensuellement ou trimestriellement, si elle sera quérable, portable ou remise à un tiers, ou enfin, si elle sera payable d'avance ou à terme échu (46).

(44) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 609, p. 502.

(45) LENOIR, *Les mesures provisoires et conservatoires relatives aux biens des époux dans l'instance en divorce*, Thèse Paris, 1921, p. 39 et ss.

(46) BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, IV, n° 200, p. 126.

Les difficultés relatives à cette matière ne nous retiendrons pas davantage : ce sont celles relatives au paiement de n'importe quelle pension alimentaire, et il ne nous apparaît pas que le fait qu'il s'agit d'une pension allouée au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps apporte un changement quelconque à cet égard aux règles générales.

En ce qui concerne la provision *ad litem*, et de par la nature même des choses, la règle du versement périodique ne s'applique pas. La provision *ad litem* est, le plus souvent, versée en une fois. Si l'on peut admettre cependant qu'elle soit versée en plusieurs fois, au fur et à mesure que l'époux créancier devra faire l'avance de certains frais qu'elle est destinée à couvrir, on ne concevrait, en aucune manière qu'elle pût donner lieu à des versements périodiques et réguliers.

b) *Succédanés de la pension alimentaire.*

L'on ne saurait perdre de vue qu'il est de l'essence même du devoir de secours, d'être exécuté *en nature*. Et si, pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps, il est exécuté *en argent*, par le paiement d'une pension alimentaire, c'est parce que, dans cette hypothèse, l'exécution en nature est impossible. Dès lors, il est logique de remplacer cette pension alimentaire en argent, de caractère essentiellement subsidiaire, par l'exécution en nature, toutes les fois que la cessation de la vie commune ne la rend pas impossible. Il ne nous paraît pas excessif d'affirmer qu'en s'efforçant de généraliser le procédé, et en y recourant le plus souvent possible, on donnerait plus de garanties à l'époux créancier et que l'on réaliserait en plus une réelle économie.

La question se pose notamment au cas où le droit de l'époux créancier est fondé sur ce que l'administration de ses biens se trouve entre les mains de son conjoint. En d'autres

termes, elle ne se présente guère que pour le paiement de la pension due à la femme, dont le plus souvent les biens personnels sont entre les mains du mari, qui détient, au surplus, et gère également les biens communs s'il y en a. Les hypothèses où la femme en instance de divorce aurait entre les mains la gestion des biens du mari et même des biens communs sont extrêmement rares (47), et l'on peut, sans inconvénient, en faire abstraction, raisonnant uniquement sur le cas du mari détenant normalement les biens personnels de la femme et de la communauté.

Les tribunaux n'hésitent pas à dépouiller dans ce cas le mari des pouvoirs que le régime matrimonial lui confère sur les biens propres de la femme, pour en investir cette dernière (48). En outre, mais beaucoup plus rarement, la femme se verra attribuer des pouvoirs, parfois assez étendus, sur les biens communs pendant l'instance. Le juge pourra également admettre la prolongation du mandat tacite de la femme mariée, pendant l'instance (49). Nous aurons à examiner ces diverses mesures en détail dans notre seconde partie (50), car leur étude est essentiellement du ressort des rapports pécuniaires des époux, en ce qui concerne le régime matrimonial.

Mais la question, si importante, de la pension alimentaire à laquelle l'un des époux est condamné pour la durée de l'instance en exécution du devoir de secours, nous amène à envisager encore une série de problèmes très délicats, touchant aux garanties de son paiement.

(47) La gestion de la communauté peut être donnée à la femme dont le mari est incapable, interné ou interdit. Mais, dans ce cas, il est difficile d'imaginer l'hypothèse d'une instance en divorce.

(48) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 607; PAUCOT, *op. cit.*, 92.

(49) PAUCOT, *op. et loc. cit.*

(50) *Infra*, p. 150.

CHAPITRE II.

GARANTIES DU PAIEMENT DE LA PENSION ALIMENTAIRE ALLOUÉE PENDANT LA DURÉE DE L'INSTANCE

En dehors des garanties données à la femme pour sa pension alimentaire pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps, auxquelles nous venons de faire allusion et qui résultent de la façon dont elle peut parfois se payer elle-même sur ses biens propres, ou même sur ceux de la communauté, certaines sûretés sont affectées d'une façon plus générale. Tout d'abord, et par application de la loi et des principes généraux, elle est garantie par une hypothèque, judiciaire ou légale, suivant les cas.

En second lieu, le jugement condamnant le débiteur au paiement de la pension peut ordonner à ce dernier de fournir certaines sûretés spéciales.

Enfin, en plus de ces mesures en quelque sorte simplement préventives, des sanctions particulières sont applicables au cas de non-paiement de la pension par l'époux débiteur, qui, ou bien sont de nature pénale ou bien consistent en des voies d'exécution spéciales.

A. — GARANTIE LÉGALE HYPOTHÉCAIRE.

Dans le cas le plus fréquent, la pension alimentaire est fixée par jugement. Le créancier peut donc invoquer le bénéfice de l'hypothèque judiciaire de l'article 2123 du Code civil, à condition toutefois qu'il ait eu soin, comme il est de règle en cette matière, de prendre inscription. C'est, bien entendu, du jour de l'inscription seulement que cette hypothèque judi-

ciaire prendra rang.

L'époux créancier peut se prévaloir de cette hypothèque, qu'il s'agisse du mari ou de la femme. A la vérité, ce sera surtout le mari qui aura intérêt à le faire, car la créance de la femme est beaucoup plus avantageusement garantie par l'hypothèque légale que lui confère l'article 2121 du Code civil sur les biens de son mari.

En effet, nous l'avons indiqué, la créance de la pension alimentaire pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps est fondée sur l'obligation de secours (1). Or, il résulte des termes très larges de l'article 2121 du Code civil, que l'hypothèque légale est attribuée aux « droits et créances » des « femmes mariées, sur les biens de leur mari ». Dans ces conditions, le droit à une pension alimentaire pendant l'instance étant une créance de l'épouse contre son mari, en sa qualité de femme mariée, il ne semble pas douteux qu'il doive être garanti par l'hypothèque légale. C'est la solution généralement admise (2).

On a cependant invoqué contre cette opinion le texte de l'article 2135, faisant valoir qu'il ne prévoit que les dettes nées « de la dot et des conventions matrimoniales » et qu'au surplus l'hypothèque de la femme ne couvre que les créances nées de l'administration des biens par le mari (3). Mais il nous apparaît que l'article 2135 qui se trouve dans la section rela-

(1) *Supra*, p. 17.

(2) Cass. civ., 25 juin 1895, D. 1897 1 553 ; 24 novembre 1903, D. 1906 1 383 ; 15 décembre 1909, D. 1911 1 25, note de LOYNES, S 1912 1 313, note GAUDEMET Limoges, 22 janvier 1937, *Jurisque* V. *Hypothèque*; n° 181 ; AUBRY et RAU, III, par. 264 ter, 371, n. 8 bis ; PLANIOL et RIPERT, BECQUÉ, *Les sûretés réelles*, XII, n° 477.

(3) Note WHAL, sous Dijon, 16 juin 1893, S. 1895 2. 25 ; note CÉZAR. BRU, sous Douai, 16 mai 1895, D. 1898 2 105 ; Besançon, 21 décembre 1894, D. 1895 2 230 ; Trib. Lyon, 8 mai 1901, D. 1902 2 350.

tive au « rang que les hypothèques ont entre elles », a pour unique objet d'apporter des exceptions à la règle de la nécessité de l'inscription de l'hypothèque pour en fixer le rang. Par suite, la disposition de ce texte ne saurait apporter aucune restriction au principe très général de l'article 2121.

Et nous croyons qu'il n'y a pas à s'arrêter davantage à l'objection tirée de ce que, le droit à pension étant réciproque, l'on ne pourrait accorder à la femme une protection plus grande qu'au mari. Cette différence de traitement est à la vérité destinée à compenser une inégalité en sens inverse, au profit du mari. Il est fréquent, en effet, que celui-ci ait à sa disposition le moyen d'assurer la conservation du patrimoine sur lequel il poursuivra sa créance, moyen qui n'est pas à la disposition de la femme (4). Au surplus, précisément à raison de la situation le plus souvent privilégiée du mari, il est fréquent, dans les rapports entre époux, que la femme ait le droit incontesté de se prévaloir de son hypothèque légale, alors que le mari doit se contenter de sûretés inférieures, bien qu'il s'agisse de droits réciproques. Tel est notamment le cas des libéralités faites par contrat de mariage et stipulées mutuellement au profit du survivant.

Du fait que la pension alimentaire allouée à la femme pendant l'instance est garantie par l'hypothèque légale de femme mariée sur les biens de son mari, en tant que créance née du mariage, il faut conclure qu'elle prend rang au jour même du mariage. En effet, il est admis par la jurisprudence, que c'est à cette date que doit être fixé le rang de l'hypothèque légale de la femme mariée pour toutes les créances qui ne sont pas énumérées à l'article 2135, et cette solution est

(4) DE LOYNES, note précitée, D. 1894 2 25; LENOIR, *op. cit.* 45.

aujourd'hui admise également pour la créance de pension alimentaire pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps (5).

Cette garantie par l'hypothèque légale existe également, croyons-nous, pour la provision *ad litem* (6). L'on pourrait évidemment objecter que la créance de la provision *ad litem* a sa source, non pas dans le mariage, mais dans l'instance et qu'il faudrait en conséquence refuser à la femme de se prévaloir en cette matière de son hypothèque légale, ou tout au moins, de lui faire prendre rang seulement au jour du jugement relatif à cette provision. Outre qu'une telle solution ne se trouverait nullement justifiée par les textes relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée, nous rappellerons qu'il est généralement admis que la provision *ad litem* a sa source dans l'obligation de secours (7). Dans ces conditions, nous ne croyons pas nécessaire d'insister plus longtemps sur le fait qu'elle est, elle aussi, garantie par l'hypothèque légale de la femme mariée, puisqu'elle est considérée en dernière analyse comme consécutive au mariage.

Nous remarquerons en terminant, d'une part que l'hypothèque légale est une institution essentiellement protectrice des intérêts de la femme, d'autre part que le créancier alimentaire est lui aussi, traité par le législateur et la jurisprudence avec une très grande faveur. Il en résulte une conséquence des plus importantes en ce qui concerne la renonciation éventuelle de la femme à son hypothèque légale, ou la subrogation qu'elle

(5) PLANIOL et RIPERT, BECQUÉ, *Les sûretés réelles*, XII, n° 477; Cass. civ., 25 juin 1895, D. 1897 1 153 précité; et, pour la pension alimentaire, Seine, 24 février 1937, *Gaz. Pal.* 1937 1 849, et *Rev. trim.* 1937, 650; Cass. Réq. 3 juillet 1928, *Gaz. Pal.* 1928 2 328; *Rev. Trim.* 1928 955.

(6) Cass. civ., 25 juin 1895 précité.

(7) Conf. *supra* p. 31.

en peut consentir à un autre créancier du mari. De telles opérations sont généralement valables, sauf dans certains cas exceptionnels, notamment dans celui de la femme dotale, qui n'est pas admise à céder son hypothèque ou à y renoncer en ce qui concerne la garantie de ses reprises dotales (8). La même solution est admise relativement à la garantie de la pension alimentaire.

La pension alimentaire est incessible et l'hypothèque légale de la femme l'est également, en tant qu'elle la garantit. Dans ces conditions, la femme ne peut ni renoncer à l'hypothèque légale qui garantit le service de cette pension, ni consentir au profit d'un tiers à une subrogation ou à une cession de rang (9).

Il résulte de ce qui précède qu'au cas où le débiteur de la pension alimentaire pendant l'instance est propriétaire d'immeubles, l'époux créancier, et surtout la femme, a toute garantie quant au paiement de ladite pension. Mais, et c'est à l'heure actuelle l'hypothèse la plus fréquente, si son patrimoine ne comprend pas d'immeubles, la protection de l'époux créancier est absolument illusoire. C'est pourquoi le juge prévoit fréquemment dans le jugement des sûretés spéciales pour la garantie de la créance de pension alimentaire.

B. — SURETÉS ÉTABLIES PAR LE JUGEMENT ALLOUANT LA PENSION ALIMENTAIRE.

A cet égard, il semble que le juge a tous pouvoirs pour

(8) PLANIOL et RIPERT, NAST, *Régimes matrimoniaux*, IX n° 1168.

(9) Conf. Cass. civ. 12 décembre 1921, D. 1922 I. 153, note CAPITANT; S. 1923. I. 353, note AUDINET; Cass. Req. 3 juillet 1928, D. 1929 I 9, note SAVOLIER; Trib. Seine 24 février 1937 précité et *infra* nos développements sur la garantie par l'hypothèque légale de la pension alimentaire allouée à la femme divorcée.

prendre les mesures qui lui sembleront le plus propres à assurer le paiement régulier de la pension alimentaire par celui qu'il condamne à la servir. C'est ainsi, semble-t-il, qu'il pourra l'obliger à la fourniture d'une caution, et, le plus souvent, au dépôt d'un capital ou de valeurs, soit entre les mains d'un séquestre, soit le plus généralement à la Caisse des Dépôts et Consignations. Le revenu de ces valeurs ou de ce capital est alors affecté au service de la pension (10).

Le juge peut également confier à un tiers séquestre la perception des revenus des meubles et immeubles propres à la femme (11) ou même leur gestion, à charge de verser à cette dernière les sommes à elle allouées à titre de pension alimentaire et de provision *ad litem* et remettre seulement le surplus au mari (12).

De telles mesures rentrent dans le pouvoir souverain des juges au fond. Elles ne semblent devoir donner lieu à aucune difficulté (13).

Au contraire, les règles applicables en cas de non paiement de la pension alimentaire pendant l'instance soulèvent des questions extrêmement délicates.

C. — SANCTIONS DU NON PAIEMENT DE LA PENSION ALIMENTAIRE.

Nous nous trouvons à ce sujet en présence de règles spéciales, les unes à la matière des obligations alimentaires en général, les autres aux rapports des époux entre eux. Les premières concernent la sanction pénale de l'abandon de fa-

(10) PAUCOT, *op. cit.*, 105.

(11) Bordeaux, 11 janvier 1893, D. 1893 2 518.

(12) Paris, 8 mars 1901, S. 1902 2 231; Seine, 14 février 1898, *Gaz. Trib.* 11-12 juillet 1898.

(13) LENOIR, *op. cit.*, 48.

mille, les autres la saisie-arrêt entre époux, organisée par la loi du 13 juillet 1907, dont certaines dispositions ont été incorporées à l'article 214 par la loi du 18 février 1938, relative à la capacité civile de la femme mariée.

Mais, avant d'entrer dans le détail des sanctions prévues pour le non-paiement de la pension alimentaire, il nous faut établir de façon précise comment il convient de prouver le non-paiement. C'est là une question parfois difficile à résoudre, à raison de la règle jurisprudentielle, admise d'ailleurs par la plupart des auteurs qu'« aliments ne s'arréragent pas ». L'application stricte de cette règle amène à décider que le créancier d'aliments ne peut invoquer le non-paiement des arrérages de la pension échus qu'immédiatement après l'échéance. Il est irrecevable à réclamer postérieurement. Cette règle résulte d'une part de ce que le créancier doit être dans ce cas présumé avoir renoncé aux aliments en ne les réclamant pas aussitôt l'échéance (14), et, d'autre part, sur ce qu'en se passant des arrérages échus antérieurement, le créancier a suffisamment prouvé qu'il n'en avait pas besoin. Il est vrai que le droit à pension alimentaire a sa source, bien plutôt dans le fait matériel de l'état de besoin du créancier que dans le jugement lui-même, qui a simplement pour objet de fixer les modalités d'exercice du droit.

Mais il ne semble pas qu'à l'heure actuelle ce principe que les aliments ne peuvent comporter d'arrérages soit appliqué de façon absolue par la jurisprudence et la doctrine ; il n'a que la valeur d'une présomption simple dont l'application cesse en présence d'une preuve contraire (15). L'on admet la récla-

(14) Cass. req., 23 novembre 1920, D. 1921 I 79; S. 1922 I 83; Paris 1^{er} mars 1923, *Gaz. Trib.*, 29 janvier 1924.

(15) Paris, 3 juin 1930, *Gaz. Trib.*, 15-16 décembre 1930; *Rev. Trim.* 1931, 381.

mation du créancier d'aliments même pour les arrérages qu'il n'a pas réclamés à l'échéance, dès lors qu'il résulte des circonstances, soit qu'il ait été dans l'impossibilité de le faire, à raison de l'absence du débiteur, ou qu'il soit prouvé qu'il n'était nullement resté indifférent au non-paiement de sa pension (16), soit enfin qu'il était dans le besoin, bien que n'ayant pas réclamé immédiatement : il en est notamment ainsi au cas où il a contracté des dettes pour achat d'aliments.

La même solution doit, bien entendu, être adoptée toutes les fois que la non-perception des arrérages résulte d'un fait extérieur à la volonté du créancier (17).

Nous signalerons également ici une difficulté qui pouvait se produire au sujet du non-paiement de la pension alimentaire à la femme avant le vote de la loi du 18 février 1938. Sous l'empire du Code civil, en effet, il était admis que le mari pouvait refuser de payer la pension alimentaire due à sa femme à défaut par elle de justifier de la résidence à elle assignée par le tribunal (18). Il en était autrement au cas où la femme avait de justes motifs de quitter cette résidence (19) ou bien si le mari avait tacitement acquiescé à son départ (20).

Mais, puisqu'aux termes du nouvel article 238 du Code civil, la femme comme le mari a toute liberté de résidence après que les époux ont été admis à avoir une résidence séparée, le mari ne pourra plus, de ce chef, refuser le paiement de la pension.

(16) Paris, 24 mai 1927, *Gaz. Pal.*, 1928 I 174; *Rev. Trim.* 1928, 127.

(17) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 54.

(18) Lyon, 6 janvier 1926, DH 1926, 107; Cass. req. 7 février 1933, DH 1933, 147, S. 1933 I 133. *Add.* pour le cas de résidence séparée fixée d'accord entre les époux, Dijon, 8 janvier 1931, D 1932 2 112.

(19) Cass. civ., 23 mars 1928, D. 1929 I 51.

(20) Note M. N. sous Cass. crim., 23 mars 1928, D. 1929 I 51; S. 1929 I 275.

En réalité, le paiement d'une pension alimentaire ne saurait être suspendu à la légère par l'époux débiteur pendant l'instance en divorce. C'est ainsi notamment qu'il ne saurait se dispenser de la verser pour le seul motif qu'un jugement interlocutoire est intervenu pour ordonner une enquête depuis le jugement de condamnation (21). Sauf s'il avait une raison très sérieuse de cesser le paiement dû, l'époux qui ne s'exécute pas se verra appliquer les sanctions spéciales prévues en notre matière.

a) *Abandon de Famille.*

La loi du 7 février 1924, modifiée par celle du 3 avril 1928, destinée à mettre fin au scandale des débiteurs d'aliments qui se soustrayaient à une obligation d'humanité, en dissimulant leurs biens notamment, institue dans son article 1^{er} le délit d'abandon de famille, à la charge de « toute personne qui,.... en méconnaissance d'une ordonnance ou d'un jugement l'ayant condamnée à fournir une pension alimentaire à son conjoint ... sera volontairement demeurée plus de trois mois sans fournir les subsides déterminés par le juge, ni acquitter les termes de la pension ».

Le délit existe et les peines prévues sont applicables, en présence des termes exprès de la loi, dans notre hypothèse. Mais l'examen détaillé des difficultés relatives à l'application d'une loi au surplus pénale déborde le cadre de notre étude. Disons simplement que la jurisprudence a eu fréquemment l'occasion de faire application des sanctions de l'abandon de famille à l'hypothèse de non-paiement de la pension par un conjoint en instance de divorce (22), et cela sans qu'il y ait à

(21) Seine, 30 janvier 1931, *Gaz. Pal.* 1931 1 ; *Rev. Trim.*, 1931, 601.

(22) Conf. notamment Cass. crim., 21 février 1925, D. 1925 1 144 ; S. 1926 1 93 ; 21 février 1931, D.H. 1931, 182 ; S. 1932 1 239 ; 7 juil. 1932, D.H. 1932, 527 ; S. 1932 2 76 ; 20 décembre 1935, D.H. 1936, 53 ; Cass. crim., 21 février 1925 précité ; en sens contraire, Trib. corr. Corbeil, 12 novembre 1929, D.H. 1931, 1.

rechercher si le mari a laissé à la femme la jouissance d'un bien commun équivalent.

Nous noterons simplement que, la loi pénale étant d'interprétation stricte, l'époux débiteur ne pourra être condamné que si le non-paiement a été non seulement volontaire mais encore injustifié. C'est ainsi qu'il ne saurait être déclaré coupable du délit d'abandon de famille pour avoir refusé de payer la pension au paiement de laquelle il avait été condamné par l'ordonnance de non-conciliation, alors que le créancier n'avait pas cité dans le délai légal, et sans qu'il soit nécessaire que la déchéance en résultant ait été prononcée par une juridiction quelconque (23).

C'est là une procédure qui a véritablement rendu plus sûr le paiement de cette pension et qui donne de bons résultats car elle empêche le mépris de la décision de justice qui a été rendue (24), surtout qu'en cas de récidive, la peine de prison est toujours prononcée, aux termes même de la loi.

b) *Saisie-arrêt entre époux.*

L'article 7 de la loi du 13 juillet 1907 prévoyait à l'encontre de l'époux qui ne subvenait pas spontanément dans la mesure de ses moyens, aux charges du ménage, un droit de saisie-arrêt de ses salaires ou des produits de son travail qui pouvait être accordé à l'autre époux par le juge. Et, sous l'empire de la loi de 1907, on se demandait s'il était possible d'autoriser cette saisie-arrêt au profit de l'époux créancier d'une pension alimentaire pendant l'instance en divorce.

Etant donné que cette pension est un succédané du devoir de secours, il apparaît qu'il faille répondre par l'affirmative

(23) Lyon, 12 janvier 1926, D.H. 1927, 108, et *supra* p. 22

(24) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 47.

et admettre sans hésiter la saisie-arrêt dans ce cas, étant entendu, naturellement, qu'elle ne saurait être autorisée qu'à concurrence du montant de la pension fixée par le tribunal (25).

Néanmoins, et malgré la logique d'une telle solution, elle se trouve être généralement repoussée. On fait valoir que durant l'instance, il convient d'appliquer uniquement les mesures provisoires prévues par l'article 238 du Code civil (26). Il nous paraît qu'il y a là une confusion entre deux catégories de mesures qui ne présentent pas le même caractère et qui ne sauraient en conséquence se suppléer l'une l'autre.

Le seul trait commun que présentent les mesures provisoires de l'article 238 et la saisie-arrêt de la loi de 1907, c'est d'être prises ou ordonnées à défaut de l'accomplissement du devoir de secours par celui des époux qui y est tenu. Mais nous estimons qu'il faut distinguer entre les mesures provisoires, qui constituent en définitive une modalité de paiement, et la saisie-arrêt entre époux qui est, à proprement parler, une mesure d'exécution.

Il est vrai que l'application de la saisie-arrêt de la loi de 1907 pose en outre une question de compétence assez délicate, car c'est au juge de paix qu'il appartient d'autoriser cette saisie-arrêt de la part « proportionnée aux besoins du demandeur ». L'on trouve inadmissible que celui-ci puisse porter

(25) En ce sens : AUBRY et RAU, VII 5 par. 478, p. 327-328. — Arg. *a contrario* de trib. paix, Bordeaux, 30 mars 1933, D.H. 1933, 360, qui n'a pas validé la saisie-arrêt pratiquée par la femme sur les salaires du mari, alors qu'elle avait négligé de toucher les arrérages échus et d'autre part que la demande du mari ayant été rejetée, le lien conjugal se trouvait maintenu dans son entier.

(26) Lyon, 7 février 1929, *Gaz. Pal.* 1925-1930, *Tables quinquennales*, voir *Divorce*, n° 127.

devant ce magistrat une action tendant à condamner l'autre époux à lui verser sa part contributive aux charges du ménage, alors que le juge conciliateur ou le tribunal lui-même a déjà statué (27). A la vérité, cet argument ne nous semble nullement concluant ; il suffit à cet égard de bien préciser les limites du pouvoir du juge de paix et de ne lui reconnaître le droit d'autoriser la saisie arrêt qu'à concurrence de la pension allouée par le président du tribunal. C'est d'ailleurs la solution qui a été parfois admise en jurisprudence (28).

Le problème se pose exactement dans les mêmes termes après la réforme de la loi du 18 février 1938 qui abroge les articles 7 et 8 de la loi de 1907 et incorpore leurs dispositions dans le nouvel article 214 du Code civil. La saisie-arrêt aura certainement une plus large portée d'application à l'avenir, puisque l'article 214, alinéa 3, prévoit que la saisie pourra porter, non seulement sur les salaires et produits du travail du conjoint débiteur, mais aussi sur les revenus. Nous croyons que, pas plus à l'avenir que sous l'empire de l'ancien article 7 de la loi de 1907, l'on doit refuser l'application de la procédure spéciale de saisie-arrêt entre époux au conjoint créancier d'une pension alimentaire fixée par la justice pour la durée de l'instance : il ne saurait y avoir à cet égard de conflit de compétence ; le juge de paix autorisera la saisie-arrêt de la « part proportionnée aux besoins du demandeur » à concurrence du montant de la pension alimentaire fixée par le tribunal. Dans une telle hypothèse, il n'a évidemment plus à déterminer la part contributive de chacun des époux dans l'exécution du devoir de secours, puisque cette part est d'ores et déjà établie.

(27) Trib Seine, 23 juin 1930, *Semaine Juridique*, 1930, 1092.

(28) Trib. paix Saint-Nazaire, 26 juillet 1909 D. 1910 2 9, note LALOU ; S. 1910, 2 322.

Mais pour le surplus, la saisie-arrêt est possible dès lors qu'il s'agit de sanctionner le devoir de secours, quelle que soit la façon dont les époux doivent s'acquitter de ce devoir.

Pour terminer l'étude de l'exécution du devoir de secours, pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps, il nous faut indiquer un certain nombre de règles relatives à la compétence et à la procédure en la matière.

CHAPITRE III

COMPÉTENCE ET PROCÉDURE EN MATIÈRE DE PENSION ALIMENTAIRE PENDANT L'INSTANCE

Nous avons eu déjà l'occasion, en étudiant les règles de fond applicables à la pension alimentaire pendant l'instance, de résoudre certaines questions touchant à la compétence ou à la procédure. C'est ainsi que nous avons discuté, en établissant les règles relatives à la naissance de cette pension (1), du droit du magistrat de statuer sur elle dès le dépôt de la requête par le demandeur. Nous avons également indiqué, à propos de la saisie-arrêt entre époux et de son application au cas de pension alimentaire au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps (2), la difficulté concernant l'étendue de la compétence du juge de paix en la matière. Nous n'y reviendrons donc pas.

Au surplus, il ne faut pas perdre de vue que la détermination de la pension alimentaire au cours de l'instance est avant tout une mesure provisoire et accessoire à l'instance en divorce. C'est ce caractère accessoire qui permet le plus souvent de trouver facilement la réponse aux problèmes qui se posent.

C'est donc à raison de ce caractère « accessoire » qu'il appartient à la juridiction saisie de la demande principale de statuer sur les mesures à prendre en ce qui concerne le devoir de secours pendant l'instance, réserve faite, bien entendu, de

(1) *Supra*, p. 22.

(2) *Supra*, p. 22.

la compétence du président du tribunal jusqu'à l'introduction de l'instance proprement dite.

Jusque là, en effet, le président est seul compétent pour statuer sur les mesures prises par lui, pour les supprimer ou les modifier. Mais dès que le tribunal est saisi, par une citation intervenue ou non dans le délai de 20 jours de l'article 238, avant-dernier alinéa, c'est à lui qu'il appartiendra de modifier ou de supprimer les mesures provisoires, et notamment la pension alimentaire. C'est d'ailleurs la solution expressément donnée par l'alinéa 4 de l'article 238 et l'article 240 du Code civil. Il convient de remarquer à cet égard que les décisions que peut prendre le tribunal en exécution de cette disposition ne lui confèrent nullement la qualité de juridiction d'appel. De même le jugement du tribunal qui maintient la pension alimentaire provisoire se confond avec l'ordonnance et ne constitue pas un titre nouveau (3).

Le tribunal pourra, soit statuer sur la pension alimentaire et la provision *ad litem*, si le président ne l'a pas fait dans l'ordonnance de non-conciliation, soit compléter sa décision au cas où les parties ont déposé des conclusions nouvelles à cet égard, soit enfin modifier les mesures précédemment prises au cas où des faits nouveaux se produisent (4). Il sera notamment compétent au cas où les facultés du débiteur ou l'état du créancier ont varié depuis l'ordonnance ayant statué sur la pension alimentaire (5).

Une question délicate se pose à l'égard de la décision du président : celle des voies de recours dont elle est susceptible.

(3) Agen, 9 novembre 1932, D.H. 1933, 11.

(4) BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVÉAU, IV, n° 194.

(5) Seine, 30 janvier 1931, *Gaz. Pal.* 27 mars 1931, *Rev. Trim.*, 1931, 601.

Il semble que la loi de 1886, qui est venue modifier l'article 238 et décider que l'ordonnance est susceptible d'appel dans le délai de quinzaine prévu par l'article 809 du Code de procédure civile pour les ordonnances de référés, n'ait pas mis complètement fin à la controverse (6).

A dire vrai, nous croyons que, si l'on peut hésiter sur la recevabilité de l'appel contre l'ordonnance rendue par le président du tribunal en général, la question ne saurait faire de doute sur le point spécial qui nous occupe. L'on admet en effet, de façon générale, que, si l'appel est impossible contre l'ordonnance constituant un acte de juridiction gracieuse, il en est autrement, dès lors qu'elle revêt un caractère contentieux. Or, il n'est pas discutable que l'ordonnance du président du tribunal est un acte de juridiction contentieuse en tant qu'elle statue sur les mesures provisoires. Par suite l'appel contre l'ordonnance qui a statué sur la pension alimentaire est recevable (7), ce sera à la Cour saisie de l'appel qu'il appartiendra de statuer sur les mesures provisoires prises par le président (8). Mais si le juge conciliateur s'est déclaré incompétent, la Cour pourra-t-elle pourvoir aux mesures provisoires ? Il semble qu'il faille répondre par la négative : la Cour d'appel n'a pas les pouvoirs du président conciliateur et les parties ne sauraient en aucun cas être privées d'un degré de juridiction (9).

Par contre, il ne nous semble pas douteux que l'ordonnance de non-conciliation ne soit pas susceptible d'opposition lorsqu'elle a été rendue par défaut. Cela résulte du silence de l'article 238 sur cette voie de recours. Au surplus, l'article 809

(6) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 563 ; PAUCOT, *op. cit.*, 81.

(7) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, *loc. cit.*

(8) Cass. req. 23 mars 1896, D. 1896 I 571.

(9) Paris, 5 mars 1931, D.H. Som. 1931, 46.

du Code de procédure civile, dont certaines dispositions sont applicables à l'ordonnance du président conciliateur, exclut l'opposition pour l'ordonnance de référé et il y a lieu d'étendre également à notre matière cette règle de l'article 809.

Enfin, aux termes mêmes de la loi, l'ordonnance est exécutoire par provision, et cela, semble-t-il, même malgré un pourvoi en cassation qu'il est impossible de considérer comme suspensif en matière de pension alimentaire au cours de l'instance, malgré les termes formels de l'article 248, dernier alinéa du Code civil. Ce texte établit que le pourvoi en cassation est suspensif en matière de divorce et de séparation de corps. Mais écrit pour le jugement prononçant soit la séparation de corps, soit le divorce, il ne saurait être étendu aux dispositions prises pendant l'instance relativement à l'accomplissement du devoir de secours, précisément à raison du caractère provisoire des mesures prises à cet égard (10).



Une dernière question se pose relativement à la compétence en matière de pension alimentaire pendant l'instance, c'est de savoir s'il y a lieu d'appliquer ici le droit commun de la compétence du juge des référés en cas d'urgence. La question est des plus délicates à résoudre en une matière où l'importance des questions de procédure est telle que le législateur a cru devoir les insérer pour la plupart dans le Code civil lui-même.

A la vérité, le problème ne se pose plus actuellement, depuis la réforme législative du 18 février 1938, absolument de la même manière. En effet, sous l'empire de l'ancien article

(10) Conf. PAUCOT, *op. cit.*, 81.

238, on considérerait que le législateur avait voulu rendre la procédure des référés applicable à toutes les mesures provisoires, généralement urgentes, prises pendant l'instance en divorce mais que, par une maladresse de rédaction, il n'avait prévu la compétence en référés qu'en ce qui concerne la désignation de la résidence alors imposée à la femme (11). Or, puisque dorénavant il n'y a plus de résidence à fixer à la femme, le membre de phrase relatif à cette compétence a été supprimé.

Nous croyons cependant que, malgré la disparition de toute mention législative de la juridiction des référés en matière de pension alimentaire au cours de l'instance en divorce ou en séparation de corps, il faille se prononcer en faveur de l'admission de cette juridiction des référés, dès lors qu'il y a urgence à raison du principe posé par l'article 806 du Code de procédure civile qui est général et absolu, et doit s'appliquer sauf disposition contraire (12). Elle est en effet beaucoup plus facilement accessible que le tribunal et elle a été instituée précisément pour prendre rapidement des mesures essentiellement provisoires en cas d'urgence : le règlement de difficultés relatives à la pension alimentaire au cours de l'instance en divorce ou en séparation de corps semble donc lui être un champ d'application particulièrement favorable.

(11) PAUCOT, *op. cit.*, 82.

(12) Cass. Civ. 29 mai 1922, D. 1925. I. 214; Cass. req. 27 octobre 1903, D 1904 I 574; S. 1904 I 337, note TISSIER; 8 mars 1916, D. 1916 I 73, note L. S. Montpellier 23 juillet 1925, *Gaz. Pal.* 9 octobre 1925, PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 593.

SECTION DEUXIÈME

LE DEVOIR DE SECOURS APRÈS LE PRONONCÉ DU JUGEMENT DE DIVORCE ou de SÉPARATION DE CORPS

Une fois l'instance terminée par le prononcé du jugement, la situation est tout à fait différente, suivant qu'il prononce la séparation de corps ou le divorce. Cette différence n'est pas pour surprendre, puisque dans le premier cas, le mariage subsiste et que, dans le second, il est dissous.

Dans ces conditions, il semblerait *a priori* logique d'examiner en premier lieu le cas où le mariage ne disparaît pas, et qui présente donc plus de ressemblance avec l'hypothèse que nous avons étudiée jusqu'ici, de l'obligation de secours au cours de l'instance. C'est cependant par l'étude de la situation en cas de séparation de corps que nous terminerons et cet apparent renversement de l'ordre logique nous est, en réalité, dicté par les règles applicables en cette matière : en effet, un grand nombre de principes édictés pour le cas de divorce sont simplement étendus à celui de séparation de corps, de sorte qu'il est impossible de déterminer de façon pertinente la situation des époux séparés de corps notamment au point de vue du devoir de secours, si l'on ignore ce qui se passe en cas de divorce.

CHAPITRE I

LE DEVOIR DE SECOURS UNE FOIS LE DIVORCE PRONONCÉ

Le divorce entraîne, pour l'avenir, la dissolution du mariage. Nous ne reviendrons pas sur la controverse relative à la date à laquelle il devient définitif : nous avons déjà eu l'occasion d'y faire allusion (1) et son étude approfondie nous ferait nous écarter sensiblement de notre sujet.

Tous les effets du mariage doivent donc prendre fin à ce moment, et notamment les devoirs réciproques nés de l'union conjugale, dont le devoir de secours. D'après une rigoureuse logique, aucun rapport ne devrait plus exister entre les époux, ni du point de vue personnel ni du point de vue pécuniaire, aussitôt le divorce prononcé, mais il n'en va pas aussi simplement dans la réalité.

Très fréquemment, en effet, le jugement qui prononce le divorce condamne l'un des époux au versement à l'autre d'une « pension alimentaire », tout comme pendant l'instance. Et comme, bien souvent, la personne du débiteur et le montant de la pension allouée restent sans changement, on pourrait conclure que cette pension fixée par le jugement qui prononce le divorce n'est en réalité que le prolongement de la pension accordée au cours de l'instance et qu'elle présente par suite les mêmes particularités.

A la vérité, cette pension fixée dans le jugement qui prononce le divorce est très originale, car elle a un caractère com-

(1) *Supra*, p. 25.

plexe. Elle apparaît en réfinitive comme le maintien dans certains cas, et sous certaines conditions, de l'obligation de secours postérieurement au prononcé du divorce, à la charge de l'un des anciens époux.

Pour établir les règles applicables à ce « devoir de secours » ainsi maintenu après le prononcé du divorce, il est nécessaire de préciser avant tout la nature véritable de la pension établie par le jugement de divorce. C'est d'elle que résultera tout naturellement la réglementation applicable sur laquelle nous n'aurons pas à insister très longuement, étant donné l'étude détaillée que nous avons faite de l'organisation du devoir de secours au cours de l'instance. En effet, il est tout d'abord un certain nombre de difficultés qui ne se présentent plus, une fois le divorce prononcé. Mais il en est d'autres qui surgissent à peu près de la même manière, que l'on se trouve en cours d'instance ou après le jugement de divorce. Nous aurons donc, dans ces conditions, à renvoyer purement et simplement aux explications précédemment données.

I. — NATURE JURIDIQUE DE LA PENSION ALLOUÉE APRÈS LE DIVORCE

La méthode la plus facile pour déterminer les caractères propres de cette pension, allouée par le jugement de divorce, est de prendre pour point de départ la définition même de la loi, qui est donnée par l'article 301 du Code civil, et d'en analyser les termes avec grand soin.

D'après ce texte, qu'il ne nous paraît pas inutile de citer intégralement : « Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, « ou si ceux stipulés ne paraissent pas suffisants pour assurer « la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal « pourra lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une

« pension alimentaire qui ne pourra pas excéder le tiers des
« revenus de cet autre époux. Cette pension sera révocable
« dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire ».

Ce texte est assez détaillé et donne la plupart des règles applicables à la pension allouée après divorce. Il fournit donc une base commode de discussion.

Tout d'abord, nous retrouvons dans cet article 301 un certain nombre de principes déjà formulés en ce qui concerne le devoir de secours pendant l'instance : il est en effet spécifié qu'une pension « alimentaire » pourra être accordée à l'un des époux, sur les biens de l'autre, si les époux ne se sont fait aucun avantage ou si ceux stipulés ne paraissent pas suffisants pour assurer la subsistance de celui auquel elle est allouée, toutes conditions que nous avons dégagées pour la pension due au cours de l'instance, comme conséquence de son caractère alimentaire. Cette pension ne sera allouée qu'à l'époux dans le besoin. Elle est subsidiaire, puisqu'elle n'est accordée qu'à défaut de revenus suffisants et ce caractère se trouve confirmé par le fait que la pension devra être supprimée si l'époux créancier cesse d'en avoir besoin.

Mais notre article contient d'autre part des règles tout à fait étrangères à ce caractère alimentaire. En effet, la pension de l'article 301 n'est nullement réciproque, et elle n'est accordée qu'à l'époux qui a « obtenu » le divorce. En d'autres termes, et puisque notre droit civil, en excluant la maladie et la folie, n'admet le divorce que pour certaines fautes, le conjoint contre lequel le divorce est prononcé a nécessairement « commis » une faute. Le versement de la pension apparaît donc dans l'article 301 comme la réparation du préjudice matériel consécutif à sa faute.

Par ailleurs, ce qui est également assez difficile à concilier

avec les principes admis en matière de pension alimentaire, les facultés du débiteur ne sont prises en considération que dans une mesure limitée, puisqu'il n'est tenu qu'à concurrence du tiers de ses revenus. D'autre part, l'on peut se demander s'il n'est pas tenu compte des besoins du créancier d'une façon moins favorable, puisque la loi ne fait aucune allusion à la situation à laquelle il est habitué, mais seulement à ses « besoins ».

Des observations qui précèdent, et des caractères en apparence contradictoires donnés par l'article 301 à la pension allouée par le jugement de divorce, il résulte que, pour préciser ces caractères, il nous faudra tout d'abord indiquer la mesure dans laquelle elle est alimentaire. En second lieu, nous établirons jusqu'à quel point elle est indemnitaire. Enfin, son caractère hybride nous amènera à constater qu'il s'agit d'une obligation alimentaire — véritable survivance du devoir de secours —, mise à la charge de celui des anciens conjoints dont la faute a servi de fondement à la demande en divorce.

A. — DANS QUELLE MESURE CETTE PENSION EST ALIMENTAIRE ?

La tendance à considérer comme « alimentaire » la pension de l'article 301 résulte tout d'abord, et très logiquement, des termes mêmes employés par la loi. En second lieu, cette assimilation ne se heurtait pas, à l'origine, aux mêmes difficultés qu'à l'heure actuelle, où la notion d'obligation alimentaire a évolué. Enfin, les règles édictées par l'article 301, état de besoin du créancier auquel les conventions matrimoniales ne donnent pas de moyens de subsistance suffisants, révocabilité lorsqu'elle cesse d'être nécessaire, cadrent parfaitement avec la notion habituelle d'obligation alimentaire. Au surplus,

ce sont, à peu de choses près, les principes appliqués à l'obligation de secours pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps.

a) *Terminologie.*

Les partisans du caractère exclusivement alimentaire de la pension de l'article 301 avaient soin de faire remarquer que l'emploi du qualificatif « alimentaire » dans le texte n'était nullement fortuit et qu'il acquerrait au contraire toute sa portée à l'examen des travaux préparatoires du Code civil. En effet, les projets soumis au Tribunal prévoyaient l'allocation d'une pension pour « indemniser » l'époux innocent. De la suppression du mot « indemniser » dans le texte définitif, on concluait à l'affirmation voulue du caractère alimentaire de la pension de l'article 301. Elle apparaissait donc comme la survivance du devoir de secours entre époux de l'article 212 du Code civil, exceptionnellement maintenu en cas de divorce, et due en quelque sorte dans les mêmes conditions que si les époux vivaient en fait séparés (2).

L'on faisait remarquer que ce maintien de l'obligation de secours après le jugement de divorce n'était nullement en contradiction avec les règles générales en la matière, puisque l'article 206 ne fait pas figurer le divorce parmi les causes d'extinction de l'obligation alimentaire entre beau-père ou belle-mère et gendre ou belle-fille, alors qu'il prévoit expressément — sous certaines réserves — le décès de l'époux qui produit l'affinité. Par suite, la survenance du divorce n'empêcherait nullement la survivance de l'obligation alimentaire (3). Mais il

(2) LAURENT, *Principes de droit civil Français*, III, § par. 311; PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 637.

(3) BAUDRY-LACANTINIERE et CHAUVEAU, IV, n° 266.

semble que ce soit là un raisonnement criticable : en effet, et nous aurons à revenir souvent sur ce point, l'obligation alimentaire après le divorce est traitée dans les articles 301 et suivants du Code civil. Par suite, l'article 206 n'avait pas à prévoir le sort de l'obligation alimentaire entre le conjoint divorcé et ses ex-beaux-parents (4).

L'on a d'autre part, invoqué l'article 205 du Code civil, qui prévoit que la succession de l'époux prédécédé devra des aliments au survivant dans le besoin, et on a prétendu en tirer un argument d'analogie en faveur de la survivance de l'obligation alimentaire entre époux divorcés : ce raisonnement nous semble facile à écarter, même sans prendre parti sur le fondement du droit de l'article 301. Le droit à aliments du conjoint survivant sur la succession du conjoint prémourant a en effet été établi par la loi du 9 mars 1891, relative à l'usufruit successoral (5). Il n'existe qu'en fonction de cet usufruit : or, d'après l'article 767 du Code civil alinéa 3 (6) au cas de dissolution du mariage antérieur au décès, il n'existe plus d'usufruit successoral du conjoint survivant.

Mais surtout, la portée exacte du qualificatif employé par l'article 301 apparaît, si l'on a soin de remarquer que la notion d'obligation alimentaire a quelque peu évolué au cours du XIX^e siècle et qu'elle signifiait autre chose en 1804 qu'à l'heure actuelle.

b) *Evolution de la notion d'obligation alimentaire.*

Le législateur n'a pas établi de théorie générale de l'obli-

(4) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 31.

(5) D. 1891. 4. 23, rapport PLOU sur l'usufruit successoral du conjoint survivant ; Odette BÉQUIGNON. *Les sanctions civiles en cas de divorce* Thèse Caen, 1928, p. 13 et s.

(6) Arg. *a contrario*.

gation alimentaire, à laquelle il n'a consacré que quelques articles. La doctrine et la jurisprudence eurent à suppléer à cette carence et à dégager les caractères propres de l'obligation alimentaire ainsi que les règles qui lui sont applicables. Elles le firent en prenant pour type l'obligation, réciproque, des articles 205, 206 et 207 du Code civil, des enfants à l'égard des ascendants, des gendres et belles-filles à l'égard des beaux-parents, essentiellement fondée sur l'idée d'assistance familiale. D'ailleurs, dès la loi du 8 mai 1816 supprimant le divorce, — et entraînant la disparition de la pension de l'article 301 —, il n'existe plus dans notre droit civil d'autre cas d'obligation alimentaire. Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que l'on soit arrivé au cours du XIX^e siècle, à considérer comme un caractère nécessaire de l'obligation alimentaire d'être la conséquence de l'idée de solidarité familiale, alors qu'en réalité, les rédacteurs du Code civil semblent avoir prévu deux sortes d'obligations alimentaires, celles découlant de cette solidarité, d'une part, et, d'autre part, celle à la charge de l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, tout à fait indépendante de cette conception familiale. La première catégorie d'obligations alimentaires est réglementée dans les articles 205 à 207 du Code civil ; la seconde dans l'article 301.

De cette confusion qui consiste à considérer comme un caractère fondamental, technique, de l'obligation alimentaire, une qualité qui appartient en réalité à certaines de ses variétés, découle, croyons-nous, l'obscurité qui règne en la matière, et les difficultés que l'on a éprouvées pour établir le statut de la pension de l'article 301.

A considérer l'obligation alimentaire de cette façon plus large, on s'aperçoit qu'elle est une « obligation de somme d'argent, dont l'objet varie avec les ressources du débiteur

« et les besoins du créancier » (7). La loi l'a prévue et réglementée dans deux séries de cas : tout d'abord entre certains membres de la famille ou entre certains alliés, à titre réciproque, et en second lieu entre anciens époux, après le divorce prononcé. Les règles applicables à chacune de ces variétés d'obligation alimentaire ont été établies, pour la première catégorie, dans les articles 205 et suivants du Code civil, et pour la seconde catégorie, par l'article 301.

c) *Etat de besoin de l'époux créancier.*

Cet état de besoin de l'époux créancier est précisé par la loi dans des termes à la fois un peu compliqués, pouvant prêter à une certaine confusion, et assez imprécis.

A) Tout d'abord, il est indiqué que l'époux ne pourra prétendre à la pension de l'article 301 que dans l'hypothèse où les conjoints ne se sont fait aucun avantage, ou au cas où ceux stipulés ne sont pas suffisants.

Que faut-il entendre par ces « avantages », dont l'absence ou l'insuffisance est nécessaire à l'allocation de la pension de l'article 301 ?

A s'en tenir à la lettre du texte, il faudrait n'admettre le droit à pension du conjoint que si les « libéralités que lui a fait l'autre époux » ne suffisent pas à sa subsistance. La pension de l'article 301 serait alors presque toujours due car il est rare que les donations que se sont faites les époux suffisent à assurer la subsistance du bénéficiaire, en dehors du cas de prédécès du donateur : il s'agit en effet presque toujours de simples gains de survie. Et, d'autre part, il ne faut pas oublier, comme nous le verrons plus loin, que l'époux contre lequel le divorce est prononcé perd le bénéfice des avantages que son conjoint peut lui avoir consentis.

(7) BÉQUIGNON, *op. cit.* p. 17.

A la vérité, il convient d'interpréter plus largement le mot « avantage » qui semble avoir été employé dans l'article 301, non pas avec son sens technique particulier, mais uniquement par analogie avec les articles précédents, 299 et 300 qui, eux, règlent le sort des « avantages » faits, soit par contrat de mariage, soit postérieurement, au sens propre du mot (8).

En conséquence, l'on ne s'arrête pas à la portée restreinte du terme employé par notre article, et l'on tient compte de l'ensemble des ressources personnelles de l'époux qui a obtenu le divorce, pour apprécier s'il se trouve dans les conditions requises pour avoir droit à la pension de l'article 301, et non pas simplement des libéralités que lui avait faites son conjoint (9).

B) En second lieu, ces ressources ainsi précisées doivent être insuffisantes à assurer la « subsistance » de l'époux créancier. Faut-il entendre par ce terme, uniquement les sommes nécessaires à la nourriture, au logement et à l'entretien du dit créancier, calculées au plus juste ? Ou bien y a-t-il lieu de comprendre la « subsistance », dans l'article 301, de façon plus large ?

La conception restrictive, quoique conforme à la lettre même du texte, n'est pas généralement admise : on tient compte, pour le calcul de la pension, du milieu social auquel appartient l'époux créancier, du train de vie auquel il est accoutumé. La « subsistance » est ici déterminée par le genre de vie qu'il menait au cours du mariage, avant le divorce (10). Et

(8) BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, IV, n° 290 ; Odette BÉQUIGNON, *op. cit.*, p. 21.

(9) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 638.

(10) BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, IV, n° 290 ; PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 638 ; BÉQUIGNON, *op. cit.* p. 21.

il a été, à cet égard, fréquemment affirmé en jurisprudence que « la pension doit assurer à l'époux une situation analogue « à celle qu'il possédait pendant le mariage » (11). Enfin, il convient de noter que l'état de besoin de l'époux innocent fait naître le droit à la pension alimentaire de l'article 301 quel que soit le temps écoulé depuis le jugement (12).

d) *Caractère subsidiaire de la pension.*

Cette pension, ainsi déterminée, n'est due qu'à défaut de ressources suffisantes de l'époux créancier, quelle que soit l'origine de ces ressources. Cette règle est appliquée de façon très large et l'on admet notamment qu'il ne saurait y avoir lieu à condamnation conforme à l'article 301 dès lors que les époux ont prévu à l'amiable le paiement d'une rente à l'époux dans le besoin après le prononcé du divorce. Ils peuvent, en effet, valablement s'entendre en dehors des tribunaux, sur le paiement, le chiffre et les modalités de la pension à payer après divorce par l'un d'eux à celui qui en a besoin (13). Il est admis, conformément à cette même idée, que l'époux créancier peut valablement renoncer, pour l'avenir, au bénéfice de sa pension (14), ou transiger à son sujet (15).

Dans ces conditions, le juge n'aura pas à prévoir de pension car la disposition de l'article 301 n'est pas d'ordre public : la condamnation au paiement d'une pension n'est nulle-

(11) Cass. req., 27 janvier 1890, D. 90. 1. 447; 25 mars 1924 D.H. 1924, 334.

(12) AIX, 13 octobre 1923, D. 1924. 2. 40.

(13) Cass. req., 30 juillet 1889, D. 1890 1 428; 28 juillet 1903, D 1904 1 37; S 1905 1 9, note NAQUET; Nice, 7 mars 1921, D. 1922-2-133.

(14) Seine, 28 juin 1926, D.H. 1926, 492.

(15) Seine, 1^{er} juillet 1936, D.H. 1936, 467.

(16) PLANJOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 638.

ment une conséquence nécessaire du divorce (16). Elle n'est que subsidiaire et ce n'est qu'en l'absence d'autre remède à l'état de besoin de l'époux créancier qu'il y aura lieu de la prononcer.

e) *Caractère variable de la pension.*

Le caractère essentiel des pensions alimentaires c'est que, créées pour une situation déterminée, elles varient avec les éléments de cette situation et doivent s'adapter aux changements survenus postérieurement à leur fixation.

En ce qui concerne la pension de l'article 301 du Code civil, on a longuement discuté, au début du XIX^e siècle sur la possibilité d'apporter des modifications à son montant, postérieurement au jugement de divorce. Les premiers commentateurs du Code civil soutenaient que la pension était fixée une fois pour toutes par ce jugement et qu'il ne pouvait plus être revenu sur son montant, sauf si la décision avait fait d'expresses réserves à cet égard (17). Cette opinion paraît difficilement soutenable.

Tout d'abord, le texte lui-même prévoit, nous l'avons signalé, la révocation de la pension dans le cas où elle cesse d'être nécessaire. Dès lors, puisque le tribunal a ainsi le droit de supprimer la pension au cas de disparition de l'état de besoin du créancier, rien ne s'oppose à ce qu'il puisse prendre la mesure, évidemment beaucoup moins grave, qui consiste simplement à diminuer son montant. Au surplus, cette diminution s'impose aussi pour une autre raison, c'est que — nous l'avons indiqué et aurons l'occasion d'y revenir — le débiteur ne peut être tenu qu'à concurrence du tiers de ses revenus.

(17) HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, II, n^o 420; n. LABBÉ sous Cass. civ. 3 janvier 1893, S. 1893 I 225.

On a, il est vrai, soutenu (18) que ces revenus devaient être appréciés une fois pour toutes au moment de la dissolution du mariage, et que les modifications ultérieures dans l'importance des revenus de l'époux débiteur ne pouvaient en aucune manière amener de changement dans le montant de la pension par lui due à raison du divorce.

Cette opinion est aujourd'hui rejetée, comme celle, correspondante, qui n'admettait pas que le montant de la pension pût varier postérieurement au divorce, avec les besoins de l'époux créancier. La jurisprudence reconnaît sans conteste à l'heure actuelle que les raisons de ne pas accabler l'époux débiteur de la pension sous une charge supérieure au tiers de ses revenus subsistent postérieurement au prononcé du divorce (19).



La justification des variations possibles de la pension dans le sens d'une diminution résultant, soit du texte lui-même, soit de la logique de l'institution, il faut admettre que la modification pourra également intervenir en sens inverse, et entraîner une augmentation du montant de la pension, au cas où les besoins du créancier augmenteraient. C'est une conséquence logique du caractère alimentaire, qui est aujourd'hui admis sans difficulté en jurisprudence (20) et par la majorité des auteurs (21). Et la même solution doit être adoptée pour le cas

(18) AUBRY et RAU, VII, par. 480, p. 351, n. 33.

(19) Cass. civ. 10 mars 1903, S. 1903 I 222 ; BÉQUIGNON, *op. cit.*, p. 26.

(20) Cass. civ. 18 octobre 1926, D. 1927, I. 101, Note ROUAST, *Rev. trim.* 1927, 180, et sur renvoi après Cassation, Montpellier 29 juin 1927, *ibid.*

(21) LAURENT, III 5^e éd. III, n° 310 ; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, IV, n° 290 ; PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 640.

où une pension suffisante n'a pu être allouée à l'époux créancier par le jugement de divorce, le montant de sa « subsistance » étant supérieur au tiers des revenus du créancier à ce moment là, si ces revenus viennent à augmenter ensuite.

B. — DANS QUELLE MESURE CETTE PENSION EST INDEMNITAIRE ?

La pension de l'article 301 du Code civil s'apparente sans aucun doute aux dommages intérêts alloués en réparation du préjudice causé par une faute, en application des principes de l'article 1382 du Code civil. Cela résulte tout d'abord du fait qu'elle n'est due qu'à l'époux qui a « obtenu » le divorce et qui, par hypothèse, n'a commis aucune faute. En second lieu, elle a pour objet de réparer le préjudice résultant de la faute commise par l'autre époux.

a) *Elle n'est due que par l'époux en faute.*

Le texte de l'article 301 est formel et ne permet aucune équivoque : une pension est due à l'époux qui obtient le divorce, c'est-à-dire que le divorce ne pouvant, dans notre droit, comme nous l'avons rappelé, être obtenu qu'au cas de faute de l'autre époux, elle est due à celui qui, précisément, n'a commis aucune faute (22). Aucune difficulté ne se produit d'ailleurs alors que le divorce a été prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux.

On pourrait au contraire discuter le cas du divorce prononcé aux torts réciproques des époux, et prétendre mesurer la gravité respective des fautes de chacun pour établir une sorte de dosage des responsabilités, à la suite duquel une portion de pension serait mise à la charge de celui des conjoints dont la faute apparaîtrait la plus grave.

(22) Cass. civ. 4 juillet 1932, D.H. 1932, 477 ; *Rev. Trim.* 1932, 1082, S. 1932 I 328.

Cette manière de peser les fautes respectives, admise en matière de faute délictuelle ordinaire, doit être écartée en ce qui concerne le divorce (23). En effet, dès lors qu'il est prononcé aux torts réciproques des deux époux, il faut conclure que la moins grave des fautes commises était de nature à entraîner la rupture du mariage, et, par suite, à faire perdre à son auteur le bénéfice de l'article 301.

La situation est plus délicate encore au cas où le jugement de conversion prononce le divorce contre celui qui a « obtenu » la séparation de corps. Etant donné que le divorce et la séparation de corps sont prononcés à la suite des mêmes fautes, on assimile ce cas à celui où le divorce est prononcé aux torts des deux époux (24). Celui qui obtient le divorce est en effet coupable d'une faute qui entraîne contre lui le prononcé de la séparation de corps. Et la pension ne devant être allouée qu'à celui des époux entièrement innocent, des torts qui ont amené le divorce (25), c'est à bon droit qu'une décision rejette dans ce cas la demande de pension alimentaire, sans donner aucun motif particulier (26).

Signalons une confusion à éviter : il arrive assez souvent que le jugement de divorce condamne le mari, même innocent, ou même si les époux ont des torts réciproques, à payer une pension à la femme jusqu'à la liquidation de la communauté (27). Une telle pension ne doit pas être confondue avec celle de l'article 301, bien qu'elle soit prononcée par le jugement de divorce : il s'agit en effet simplement d'une mesure

(23) BÉQUIGNON, *op cit.*, p. 20.

(24) Cass. req. 22 février 1922, D. 1922. I. 62.

(25) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 636.

(26) Cass. req. 22 octobre 1930; 23 mars 1931; D. 1931. I. 132.

(27) Cass. req. 22 décembre 1930, *Gaz. Pal.* 20 janvier 1931, *Rev. Trim.* 1931. 602 S. 1931. I. 103 Note AUDINET.

provisoire destinée à permettre à la femme de vivre en attendant de pouvoir disposer de ses biens propres, ou de sa part dans les biens communs (28).

b) *La pension représente la réparation du préjudice causé.*

La jurisprudence admet depuis longtemps que la pension alimentaire de l'article 301 est destinée à assurer la réparation du préjudice causé à l'époux qui a obtenu le divorce par suite de l'oubli par le conjoint des devoirs résultant du mariage. La solution a été donnée dès 1848, par la Chambre civile de la Cour de Cassation (29), et maintes fois reproduite depuis (30).

Ce préjudice résulte évidemment de la violation de ses devoirs par l'époux contre lequel le divorce a été obtenu, mais il n'est pas mauvais de préciser quelle sorte de dommage la pension de l'article 301 est destinée à réparer. Il ne s'agit à la vérité nullement, ainsi qu'on l'a prétendu à l'origine (31), à tort, de la réparation de toute espèce de préjudice résultant du divorce. Il découle au contraire de la rédaction même du texte que l'article 301 a entendu pourvoir à la réparation d'un dommage très précis, à savoir celui résultant de la disparition du devoir de secours de l'autre conjoint. La loi n'a pas voulu que l'époux coupable puisse, par sa seule faute, s'affranchir de ce devoir envers son conjoint et le priver de l'avantage qui en résulte (32).

(28) *Infra* : seconde partie ; contra. PLANIOL et RIPERT, ROUAST II, n° 610.

(29) Cass. civ., 12 décembre 1848, D 1852. 5. 20.

(30) Cass. req. 3 janvier 1893, D 1893 I 121 ; 15 décembre 1909, D 1911 I 25 ; S. 1912. I. 313. 6 août 1912, D. 1914 I 228 ; Cass. civ. 18 octobre 1926 ; D 1927 I 101.

(31) Cass. req. 3 janvier 1893 précité, S. 1893. I. 225.

(32) BÉQUIGNON, *op. cit.*, p. 13.

C. — CARACTÈRE HYBRIDE DE LA PENSION DE L'ARTICLE 301.

La pension telle que prévue par l'article 301 du Code civil, se présente donc avec un caractère hybride qui lui a été maintes fois reconnu par la jurisprudence (33).

Destinée, d'une part, à mettre le préjudice résultant d'une faute à la charge de l'auteur de cette faute, elle ne tend cependant pas d'autre part à la réparation de l'entier préjudice causé : elle a simplement pour but de remplacer le devoir de secours résultant du mariage, perdu par l'époux innocent en cas de divorce. C'est pourquoi l'article 301 substitue à l'obligation alimentaire entre époux qui disparaît avec le mariage à la suite du divorce une obligation de même nature, au lieu de prévoir une condamnation à des dommages-intérêts dans les termes du droit commun.

Une telle manière de procéder n'a rien d'exceptionnel : elle est conforme à la règle d'après laquelle la réparation d'un préjudice doit, autant que faire se peut, être calquée sur le préjudice lui-même (34).

Les règles applicables à cette pension découlent tout naturellement de ces caractères. Il en est notamment ainsi de la fixation de son montant, de la charge définitive qui en incombe au seul époux coupable, et enfin du droit de l'époux innocent de demander la réparation spéciale des autres dommages que

(33) V. notamment Cass. req., 16 décembre 1931, *Gaz. Trib.* 18 mars 1932, *Rev. Trim.* 1932, 411; 9 mai 1932, D. H. 1932, 330, *Rev. Trim.*, 1932, 1901; 12 février 1934, D.H. 1934, 321; S. 1934, I 215, 12 mai 1936, D. 1936 I 109 et note SAVATIER; Dijon, 25 juillet 1924, D.H. 1924, 575.

(34) AUBRY et RAU, VII, par. 480, p. 349; PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 637, p. 532; LABBÉ, note au S. 1893, I 235; RIPERT, *Le caractère de la pension alimentaire allouée au cas de divorce*, D.H. 1927, *Chr.*, 53; BÉQUIGNON, *op. cit.*, p. 13.

le divorce est susceptible de lui causer, en dehors de son droit de réclamer à l'époux coupable l'équivalent du droit de secours.

a) *Fixation du montant de la pension de l'article 301.*

Il n'y a pas lieu d'entrer dans le détail des difficultés auxquelles donnent lieu la détermination du montant de la pension allouée après divorce à l'époux innocent, conformément à l'article 301 : il s'agit en effet là d'une question pour laquelle les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation (35), comme pour toute pension alimentaire.

Mais la détermination du montant de la pension de l'article 301 est susceptible de faire naître certaines discussions, précisément par suite de sa nature hybride. C'est ainsi qu'il faut préciser le moment auquel elle est déterminée, la limite légale du tiers des revenus de l'époux débiteur, et enfin les circonstances de nature à permettre la modification ultérieure du montant prévu par le jugement.

MOMENT DE LA FIXATION DE LA PENSION. — Dans la plupart des cas, c'est le jugement même prononçant le divorce qui statue sur la pension, soit de façon définitive, soit en réservant la fixation après la liquidation de la communauté. Mais il faut se demander si l'époux qui a obtenu le divorce est recevable à intenter une action principale tendant à l'allocation d'une pension alimentaire, une fois l'instance terminée.

A cette question, il faudrait donner une solution négative, si la pension se justifiait uniquement par l'idée de devoir de

(35) V. notamment Cass. civ. 6 août 1912, S. 1913 I 95, *Gaz. Pal.* 1912 2. 387; Cass. req. 13 mars 1928, D.H. 1928, 289, 21 juin 1930, D.H. 1930, 428, BÉQUIGNON, *op. cit.* p. 22.

secours : il serait en effet alors impossible de le faire revivre une fois qu'il aurait été définitivement éteint par le divorce, si le jugement ne prévoyait pas de pension alimentaire. C'est cette solution négative qui était donnée par un certain nombre d'auteurs anciens (36). Mais, le caractère indemnitaire de la pension suffit à justifier l'action postérieure du conjoint qui a obtenu le divorce. Dès lors que le préjudice qu'il allègue est la conséquence du divorce, il doit être admis à le faire valoir, même dans une instance indépendante, postérieure à l'instance principale en divorce, à condition toutefois qu'il puisse invoquer un fait nouveau (37) .

Le jugement qui fixe cette pension ne statue que pour l'avenir : les pensions alimentaires n'arrangent pas, et aucune indemnité ne saurait être allouée pour la période antérieure à celle où le divorce est devenu définitif. Le préjudice à réparer résulte, en effet, de la disparition du devoir de secours postérieure au divorce (38).

Mais une difficulté se produit au cas, le plus fréquent, où la décision qui prononce le divorce se borne à maintenir la pension alimentaire allouée pendant l'instance. Reconnaisant un effet rétroactif au jugement, l'on peut se demander s'il n'y a pas lieu de considérer que, dès le début, cette pension a eu le même caractère et représenté l'indemnité correspondante à la disparition du devoir de secours ? Ou bien, au contraire, n'est-ce pas le caractère de la pension allouée au cours de l'instance qui est maintenu à celle fixée par le jugement ? La question n'a pas seulement un intérêt théorique, notamment

(36) LAURENT.

(37) Cass. 18 octobre 1926 et note ROUAST précitée, D. 1927 1 101, S. 1934 1 377, Poitiers, 29 mai 1922, D. 1922 2 111.

(38) Conf. *supra*, p. 17.

en ce qui concerne la charge définitive de la pension qui n'est pas la même suivant qu'il s'agit de la pension allouée pendant l'instance, ou de la pension de l'article 301.

A la vérité, le maintien par le jugement de divorce de la pension allouée pendant l'instance ne saurait comporter de changement dans la nature de cette pension, qui reste fondée sur l'article 301. Bien qu'ayant, par hypothèse, le même montant et les mêmes caractères extérieurs les deux pensions restent tout à fait distinctes : jusqu'à la fin de l'instance son versement représente uniquement l'exécution du devoir réciproque de secours entre époux ; à partir du divorce, elle est versée par l'époux coupable en réparation du préjudice qu'il a causé à son conjoint.

LIMITE DU MONTANT DE LA PENSION AU TIERS DES REVENUS DU DÉBITEUR. — Généralement, lorsqu'il s'agit de fixer le montant d'une pension alimentaire, le législateur laisse aux tribunaux une grande liberté et se borne à indiquer que son montant doit être apprécié suivant les « facultés » du débiteur. Il semble que la limitation au tiers des revenus de l'époux débiteur s'explique précisément, à raison du caractère hybride de la pension de l'article 301. Elle doit aussi représenter la réparation d'un préjudice causé à l'époux innocent et le juge pourrait être tenté de ne tenir compte que de la faute et réduire à la misère celui qui est tenu de fournir cette pension : le plafond du tiers est là pour lui rappeler le caractère alimentaire de la pension qu'il alloue (39).

Une fois expliquée l'existence de la limite du tiers, il ne nous semble pas que son fonctionnement puisse donner lieu à difficultés. Le texte est clair, c'est du tiers des revenus qu'il

(39) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 637.

s'agit. Pour en établir le montant, il n'y a donc pas à tenir compte des biens improductifs de l'époux débiteur, mais il faut prendre en considération les revenus dans leur ensemble, qu'il s'agisse des produits du travail, des arrérages de pension, de rente viagère.. (40).

D'autre part, le moment auquel il faut se placer pour évaluer le montant des revenus est celui-là même auquel les besoins du créancier doivent être appréciés.

MODIFICATION DE LA PENSION FIXÉE PAR LE JUGEMENT. — Les règles applicables aux conditions auxquelles les tribunaux accordent une modification de la pension de l'article 301, laquelle est recevable en principe, s'expliquent également par le caractère hybride de cette pension.

La question qui se pose est de savoir si cette pension doit, se modelant parfaitement sur le devoir de secours, procurer à l'époux innocent tous les avantages de la vie commune et si, par suite, son montant doit être modifié avec l'augmentation de ses besoins, même due à des circonstances extérieures ? Ou bien au contraire, le caractère indemnitaire prenant la première place, faut-il considérer que la pension de l'article 301 a simplement pour objet d'assurer au conjoint la situation qu'il avait au jour de la rupture du mariage, par application du principe, fondamental en matière de responsabilité, que l'auteur d'une faute n'est tenu que de réparer le préjudice, résultant directement de sa faute (41) ?

Cette question a donné lieu à une jurisprudence assez abondante et qui n'a pas toujours été très ferme. Et il n'est pas douteux que l'actuelle augmentation du coût de la vie,

(40) BÉQUIGNON, *op. cit.*, p. 22.

(41) BÉQUIGNON, *op. cit.*, p. 30.

jointe aux profondes transformations économiques de beaucoup de fortunes amènera la multiplication des demandes d'augmentation de la pension mise à la charge des époux aux torts de qui le divorce a été prononcé, par application de l'article 301.

Les modifications de la pension n'ont à la vérité jamais offert de grandes difficultés lorsqu'il s'agissait d'en diminuer le montant, à raison de la diminution, soit des besoins du créancier, soit des ressources du débiteur.

Mais, dès lors qu'il s'agissait au contraire d'augmenter ce montant, les arrêts témoignaient d'une prudence tout-à-fait remarquable, ne faisant droit à la demande que s'il s'agissait d'une augmentation de besoins, directement consécutive au divorce (42). Ils refusaient au contraire toute augmentation réclamée sur le fondement de circonstances, extérieures au divorce et venues, depuis le jugement de divorce, augmenter, soit les besoins du créancier, soit les capacités de paiement du débiteur. C'est ainsi notamment que fut refusée l'augmentation de pension demandée alors que, les besoins de la femme ayant augmenté — par suite de l'accroissement du coût de la vie depuis le divorce pour des raisons étrangères à celui-ci — le mari avait vu ses ressources s'accroître, ayant fait un héritage (43).

Cependant, certains arrêts laissaient prévoir une tendance à plus d'indulgence dans l'allocation d'un supplément de pension, même à la suite de circonstances extérieures au divorce. C'est ainsi qu'un arrêt de la Chambre des Requêtes,

(42) Cass. req., 17 mars S. 1931 I 74 et 16 avril 1931, Cass. civ., 18 octobre 1926, D. 1927 I 101, note ROUAST, 17 janvier et 28 juin 1934, S. 1934 I 377, n. ESMEIN.

(43) Cass. civ. 18 octobre 1926 précité, D. 1927 I 101 et note ROUAST; Cass. req. 17 mars 1931 précité S 1931 I 74.

du 28 juin 1934 (44), a admis une augmentation de pension, fondée sur le retour à une meilleure fortune de l'époux débiteur.

Les auteurs s'accordaient d'ailleurs, dans l'ensemble, à critiquer la timidité de la jurisprudence à cet égard (45) et un arrêt de la Cour de Cassation, également de la Chambre des Requêtes, est venu, le 12 mai 1936 (46), y mettre fin, apportant une solution en même temps plus nette et plus favorable à l'augmentation de la pension de l'article 301, postérieurement au jugement, même si elle est justifiée par des circonstances extérieures au divorce. Cet arrêt approuve, en effet, l'augmentation de pension ordonnée par les juges du fond au profit de l'époux innocent dont la santé s'est, depuis le divorce si profondément altérée qu'il ne peut plus se livrer au travail qui l'aidait à vivre, tandis que les ressources de l'époux coupable se sont accrues pendant ce même temps.

La solution donnée est très nette, d'autant que la Cour Suprême la fonde sur le principe que, si la pension accordée, en vertu de l'article 301 du Code civil a son fondement dans la réparation du préjudice causé à l'époux divorcé par la perte du droit de secours auquel il pouvait prétendre durant le mariage, elle reste soumise à toutes les règles prescrites en matière d'aliments et peut, dès lors être révisée, compte tenu des facultés nouvelles du débiteur et des besoins nouveaux du créancier.

En résumé, l'augmentation du montant de la pension allouée par le jugement de divorce, postérieurement à la rupture du lien conjugal, qui ne pourrait se justifier s'il s'agissait

(44) Cass. req., 28 juin 1934, précité, S. 1934 I 377.

(45) Conf. les notes précitées sous ces arrêts.

(46) Cass. req. 12 mai 1936, D. 1936 I 109, n. SAVATIER.

d'une pension à caractère uniquement indemnitaire que pour les accroissements de besoins ou de ressources directement consécutives à la faute du débiteur, apparaît tout-à-fait équitable et logique dès lors que l'on se rappelle qu'elle est soumise, dans une certaine mesure, aux règles applicables en matière de pension alimentaire.

b) *Charge de la pension de l'article 301.*

Le paiement de la pension fixée par le jugement de divorce est définitivement à la charge de l'époux qui a été condamné à la verser, qui est l'époux coupable. Il ne saurait y avoir lieu ici à l'imputation du montant de cette pension sur les sommes devant revenir à la femme à la liquidation de la communauté, même pour les sommes versées entre le jugement de divorce et la fin de la liquidation (47). Cette solution s'explique tout naturellement par le caractère indemnitaire de la pension, qui prend ici toute son importance. A plus forte raison, le mari coupable ne pourrait-il prétendre prélever, sur les biens qu'il remet à sa femme à la liquidation du régime matrimonial, un capital représentant une partie de la garantie du paiement de la pension mise à sa charge par le tribunal.

*
* *

Une question fort délicate peut se poser au sujet de la charge de cette pension, au cas de second mariage de l'époux créancier. Et l'on est amené à résoudre le problème de façon différente, suivant que l'on fait prédominer le caractère ali-

(47) V. notamment Cass. req. 15 décembre 1909, D. 1911 I 25, note DE LOYNES; S. 1912 I 313, note GAUDEMET.

mentaire de la pension ou, au contraire, son caractère indemnitaire (48).

A ne prendre en considération que le caractère alimentaire de la pension de l'article 301, envisagée comme une survie du devoir de secours, il est évident que le second mariage de l'époux créancier la fait disparaître, puisque l'obligation de secours incombe dorénavant au second conjoint (49).

Au contraire, le caractère indemnitaire de cette pension conduit à ne pas supprimer nécessairement son paiement par suite du second mariage, qui ne fait pas *ipso facto* disparaître le préjudice causé au conjoint innocent par la disparition du devoir de secours, tel qu'il résultait de la première union.

Dans ces conditions, il semble que le second mariage du conjoint créancier apparaisse comme une de ces circonstances susceptibles de justifier une modification du montant de la pension de l'article 301, ou même sa suppression, mais seulement dans la mesure où la situation du conjoint créancier se trouve par suite modifiée (50).

Enfin, une question se pose, celle de savoir si l'époux bénéficiaire de la pension de l'article 301 peut y renoncer ? La nature alimentaire de cette pension entraînerait une réponse négative.

Mais il s'agit d'une pension qui a aussi un caractère indemnitaire et qui est par suite cessible. De cette solution ad-

(48) Nous indiquerons simplement pour mémoire la règle d'après laquelle la femme divorcée qui s'est remariée ne peut réclamer à son premier mari une pension alimentaire, alors que son second mariage a été suivi d'un nouveau divorce; Cass. civ., 21 avril 1920, D. 1924 I 91; il serait assez illogique en effet que le premier mari eût à supporter les conséquences de ce deuxième divorce.

(49) Aix, 19 mars 1915, Cass. civ. 21 avril 1920, D. 1924 I 91.

(50) AUBRY et RAU, VI 5 p. 351; PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 641.

mise par la jurisprudence (51), il résulte que l'époux bénéficiaire peut valablement céder son droit à pension, y renoncer (52), ou transiger à son sujet (53).

c) *Droit de l'époux innocent de demander des dommages-intérêts.*

Si le caractère indemnitaire de la pension de l'article 301 ne peut être mis en doute, nous croyons avoir montré qu'elle a pour objet la réparation du préjudice résultant du divorce sur un terrain strictement limité. L'allocation de cette pension est destinée à réparer le dommage causé à l'époux innocent dont la situation matérielle est devenue précaire, par suite de la disparition du devoir de secours. Et c'est en quelque mesure en organisant une sorte de survivance du devoir de secours, dans certaines conditions bien déterminées, que le législateur est arrivé à réaliser cette réparation.

Mais il n'est pas douteux que le préjudice ainsi pris en considération dans l'article 301 n'est pas le seul que puisse causer le divorce à l'époux innocent. Le dommage souffert peut être moral, ou même matériel, soit que sa santé ou son intégrité corporelle aient été atteintes par la faute de l'époux coupable, ou que, par le jeu des règles de la communauté légale, dont il avait fourni seul l'actif important, il se trouve considérablement appauvri par suite du divorce. Et, en pure logique, on ne voit pas pourquoi l'article 1382 ne s'appliquerait pas entre les ex-conjoints divorcés, de la même manière

(51) Cass. req. 28 juillet 1903, D. 1904 I 37, rapport DENIS S. 1905 I 9, note NAQUET.

(52) Seine, 28 juin 1926, D. H. 1926 492.

(53) RIPERT, *Le caractère de la pension alimentaire allouée en cas de divorce*, D.H. 1927, Chr. 53; PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 642, Seine, 1^{er} juillet 1936 D.H. 1936 467.

qu'entre individus ayant toujours été étrangers l'un à l'autre.

Cette solution n'a pas été admise immédiatement et sans difficulté. L'on faisait tout d'abord valoir que le préjudice résultant du divorce et qui n'est pas réparé par l'allocation d'une pension dans les termes de l'article 301 est presque toujours moral. A une époque où l'on n'admettait pas la réparation d'un pareil dommage, il est certain que l'objection était d'importance. Mais à l'heure actuelle où les tribunaux ordonnent sans difficulté la réparation du préjudice moral, l'on ne peut plus invoquer la nature morale du préjudice résultant du divorce pour refuser à l'époux innocent des dommages-intérêts à titre de réparations.

D'autre part, l'on faisait valoir que la rupture du lien conjugal était une réparation adéquate du dommage causé et une sanction suffisante de la faute de l'époux coupable. En effet, la rupture du lien conjugal a pour objet principal de mettre l'époux innocent, pour l'avenir, à l'abri des conséquences des fautes de l'époux coupable. Pour ce dernier, d'ailleurs, la sanction serait souvent bien douce (54).

Aujourd'hui, le principe ne fait plus aucun doute et l'allocation d'une pension alimentaire dans les termes de l'article 301 à l'époux innocent ne fait pas obstacle à ce que celui-ci puisse, conformément aux principes généraux en matière de responsabilité pécuniaire demander des dommages-intérêts « en réparation du préjudice résultant des faits qui ont servi « de fondement au jugement de divorce ou en séparation de « corps » (55), à condition qu'il s'agisse d'un préjudice dis-

(54) BÉQUIGNON, *op. cit.*, p. 96.

(55) Cass. req. 2 juillet 1913, *Gaz. Pal.* 1913 2 284, S. 1914 1 80; 27 juillet 1931, D.H. 1931, 307; PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 643; BÉQUIGNON, *op. cit.*, p. 99.

inct de celui que l'allocation de la pension prévue par l'article 301 a pour but de réparer (56).

C'est aux juges du fond qu'il appartiendra d'évaluer le montant des dommages-intérêts qui peuvent ainsi être alloués (57), comme celui de la pension de l'article 301. Mais, pour le surplus, ces dommages-intérêts sont soumis à des règles tout-à-fait différentes. C'est ainsi notamment que la situation aisée de l'époux demandeur ne peut faire obstacle à leur allocation (58). A cet égard, il nous apparaît que, parfois, les tribunaux ne font pas très bien le départ entre les dommages-intérêts dus par application du droit commun et la pension de l'article 301, et qu'en fait, ils se laissent influencer, lorsqu'il s'agit de fixer le montant de cette dernière, par l'idée de réparation. C'est ainsi que certaines décisions ont condamné l'époux coupable au versement d'une pension et en ont fixé le montant sans prendre en considération le fait que la femme, au profit de qui le divorce avait été prononcé, vivait depuis la cessation de la vie commune, chez ses parents, jouissant d'une large aisance (59), ce qui diminuait cependant de façon sensible l'« état de besoin » de l'époux demandeur. Il a été à cet égard expressément jugé par la Cour de Cassation (60) que, au cas où la pension alimentaire comprend en outre la réparation d'une faute commise par l'époux coupable, ce sont les règles générales en matière de dommages-intérêts qui sont seules applicables à cette portion de la pension.

(56) Colmar, 17 décembre 1928, D.H. Som. 1931, 6.

(57) Cass. req., 13 mai 1924, D.H. 1924, 389.

Cass. civ. 21 juin 1927, D. 1928 1 5; S. 1927 1 327.

(58) Cass. civ., 21 juin 1927, précitée, D. 1928 1 5, n. RIPERT; Paris 23 mars 1928, D.H. 1928, 325.

(59) Aix, 26 novembre 1931, *Gaz. Trib.* 1921 1 101; *Rev. trim.* 1932, 413.

(60) Cass. req. 13 mai 1924, D.H. 1924, 389, sur pourvoi contre Rennes, 13 novembre 1923 D.H. 1924, 18; S. 1935 2 39.

En effet, et c'est une règle strictement logique, l'époux qui demande des dommages-intérêts pour le préjudice que lui cause le divorce, n'est pas soumis aux règles applicables en matière de pension alimentaire : c'est ainsi notamment, qu'il n'a pas à prouver qu'il est dans le besoin, dès lors qu'il rapporte la preuve d'un préjudice résultant de la rupture du mariage par le divorce (61).

Les motifs pour lesquels des dommages-intérêts peuvent ainsi être alloués à l'époux innocent sont très variés. Nous citerons tout d'abord le préjudice moral, que l'époux coupable a pu causer durant le mariage, par exemple par son existence irrégulière (62), par son refus de remplir le devoir conjugal (63), ou bien en abandonnant son conjoint après 9 ans de mariage (64), ou bien encore par les imputations diffamatoires qu'il a émises contre lui pendant l'instance (65).

Le préjudice invoqué peut, d'autre part, être d'ordre matériel, le conjoint invoquant soit la violation de son intégrité corporelle, par des coups et blessures (66), la communication d'une maladie (67), soit même les troubles causés à sa santé par les ennuis de l'instance (68). Et l'on admet même le droit de l'époux innocent de demander des dommages-intérêts, lorsque le divorce lui fait perdre le bénéfice d'une situation brillante qu'il avait contribué à établir (69), notamment en

(61) Bourges, 4 avril 1928, D.H. 1928, 309.

(62) Cass. req., 21 juillet 1931, *Gaz. Trib.* 9 octobre 1931, *Rev. Trim.* 1931, 864.

(63) Trib. civ. du Rhône, 21 décembre 1926, D. 1928 2 12.

(64) Montpellier, 29 novembre 1897, S. 1901 2 197.

(65) Cass. req. 13 mai 1924, D.H. 1924, 389, Paris, 27 février 1937, *Semaine juridique* 1937, 199, *Rev. Trim.* 1937 338.

(66) Cass. civ. 21 juin 1927, D. 1928 1 5, précité, S. 1927 1 299.

(67) Cass. req. 3 janvier 1893, D. 1893 1 127; S. 1893 1 225.

(68) Rhône, 1^{er} décembre 1927, D.H. 1927, 147.

(69) *Ibid.*

apportant l'essentiel de la communauté. Les tribunaux admettent, à l'heure actuelle, très largement le droit à dommages-intérêts de l'époux innocent. C'est ainsi qu'il peut être fondé sur ce que l'époux coupable a, pour gêner son conjoint, retardé la solution de l'instance en divorce (70).

Le montant de la réparation est laissé à l'appréciation du juge, qui le fixe de la manière qui lui apparaît la plus propre à donner satisfaction au demandeur. Sur ce point aussi, cette action en dommages-intérêts suit les règles applicables à toute action délictuelle. La réparation peut donc consister dans le versement d'un capital, ou dans l'allocation d'une rente. Dans ce dernier cas, la rente se cumule avec la pension de l'article 301 ; elle ne lui préjudicie nullement et, notamment, il n'y a pas à en retrancher le montant des revenus de l'époux coupable pour calculer le tiers que la pension de l'article 301 ne saurait dépasser (71). Et il peut se faire que la pension allouée en vertu de l'article 301, et la pension qui tient lieu de dommages-intérêts, forment ensemble une somme supérieure au tiers des revenus de l'époux qui doit payer ces deux pensions (72).

Enfin, s'agissant d'une action en dommages-intérêts, le décès de l'époux demandeur en cours d'instance a pour effet, non de mettre fin à l'instance, comme c'est le cas pour l'action en divorce, mais d'entraîner la transmission de l'action sur la tête de ses héritiers (73).

(70) Cass. req. 27 juillet 1931, D.H. 27 1931, 507.

(71) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 643.

(72) Cass. req. 13 mai 1924, D.H. 1924 389.

(73) Montpellier, 13 mai 1931, D.H. 1931, 405 ; *Rev. trim.* 1931, 865.

II. — RÉGLEMENTATION DE LA PENSION ALLOUÉE APRÈS DIVORCE PAR L'ARTICLE 301

Cette réglementation ne donne pas lieu à des difficultés particulières, sauf cependant en ce qui concerne les garanties de paiement. Aussi, nous bornerons-nous à indiquer rapidement les règles générales auxquelles obéit la pension allouée à l'époux innocent conformément à l'article 301, sauf en ce qui concerne cette question de sûretés.

S'agissant, aux termes mêmes du texte, d'une « pension alimentaire », le paiement devra en être effectué suivant les principes généralement appliqués en cette matière. Le paiement s'en fera donc périodiquement, de la manière prévue par la décision portant condamnation. Nous nous bornerons à cet égard à rappeler les explications que nous avons données relativement au paiement de la pension alimentaire pendant l'instance (74).

Les règles de compétence et de procédure applicables sont celles qui ont été édictées pour le jugement de divorce, dont la condamnation au paiement de la pension de l'article 301 est en effet une des dispositions. Il en résulte notamment que, la demande en augmentation de la pension se rattachant directement à l'exécution du jugement qui a prononcé le divorce, la juridiction compétente pour ce point est celle qui a rendu ce jugement (75). A cet égard donc, cette pension sera soumise au contraire à des règles tout-à-fait différentes de celles qui régissent la pension allouée pendant la durée de l'instance (76). La plus remarquable des divergences sur ce point tient à ce

(74) *Supra* p. 33.

(75) Cass. req. 19 mai 1936, D.H. 1936, 382, *Rev. trim.* 1936, 852. S. 1937 I 292.

(76) *Supra*, p. 50.

qu'ici, le pourvoi en cassation est suspensif, conformément à l'article 248 du Code civil. Nous signalerons, simplement pour mémoire, qu'en notre matière, et en raison même de la nature des choses, le délai de cassation est lui-même suspensif (77).

GARANTIES DU PAIEMENT DE LA PENSION ALIMENTAIRE DE L'ARTICLE 301. — Il ne nous paraît pas utile d'insister sur toutes les garanties données au créancier pour le paiement de la pension allouée conformément à l'article 301 du Code civil et nous nous bornerons à examiner l'application des garanties particulières que nous avons signalées pour le paiement de la pension pendant le cours de l'instance (78). En effet, il s'agit là de sûretés particulières, données au créancier en raison de sa qualité propre d'époux. Et nous aurons à examiner les modifications que peut provoquer à ce point de vue le fait que le créancier et le débiteur ne sont plus unis par le mariage.

A. — HYPOTHÈQUE LÉGALE.

Dans le silence absolu des textes sur l'extension de l'hypothèque légale à la créance de la pension de l'article 301, on a essayé de démontrer que cette sûreté ne pouvait être invoquée par la femme créancière d'une pension en vertu du jugement prononçant le divorce. L'on faisait valoir à cet égard que l'hypothèque légale de la femme mariée est destinée, avant tout, à la garantir contre la mauvaise administration du mari et qu'elle ne saurait, par suite, être invoquée pour garantir une créance née précisément à la dissolution du mariage.

Outre que le silence des textes n'implique nullement que l'on ne doive admettre l'hypothèque légale de la femme mariée

(77) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 584.

(78) *Supra*, p. 41.

que dans les cas expressément prévus (79), il ne faut pas oublier le caractère propre de la pension de l'article 301. Destinée à réparer le préjudice causé par l'époux coupable au conjoint innocent, elle se rattache très étroitement au mariage et l'on ne voit en conséquence pas de bonne raison pour refuser à la femme le bénéfice de la garantie propre à cette institution. La jurisprudence est d'ailleurs aujourd'hui fixée sur ce point et reconnaît que le paiement de la pension de l'article 301 est garanti par l'hypothèque légale de la femme mariée (80).

Dès lors que l'on admet le bénéfice de l'hypothèque légale, il convient, ainsi que nous avons eu l'occasion de l'indiquer précédemment, de la faire remonter au jour même de la célébration du mariage, en l'absence de disposition légale en sens contraire.

Mais il est un point, capital, sur lequel les solutions applicables à la pension de l'article 301 sont en opposition absolue avec les règles qui régissent l'hypothèque légale en tant qu'elle garantit le paiement de la pension allouée à la femme pendant l'instance. Nous avons vu, en effet (81), que cette sûreté est indisponible et que la femme ne saurait consentir en ce qui la concerne ni cession de rang, ni subrogation, ni renonciation.

Toute autre est la situation en matière de pension allouée après divorce : nous avons vu (82) qu'à raison de son caractère indemnitaire, l'on admettait l'époux créancier à y renoncer, à la céder. Or, l'on considère généralement que les sûretés légales font corps avec la créance qu'elles garantissent et, en

(79) *Supra* p. 36.

(80) V. notamment Cass. civ. 15 décembre 1909, D. 1911 I 25 ; S. 1912 I 313 et note GAUDEMET ; BÉQUIGNON, *op. cit.*, p. 80.

(81) *Supra*, p. 40.

(82) *Supra* p. 79.

conséquence, que le bénéficiaire peut en disposer de la même manière et dans la même mesure qu'il dispose de la créance garantie (83). Il en résulte que, l'époux créancier, ayant le droit de renoncer à la pension elle-même pourra valablement renoncer à l'hypothèque légale qui la garantit, consentir une cession de rang ou une subrogation (84). A cet égard, dès lors que l'on admet la femme à renoncer à la créance elle-même, il n'y a pas de bonne raison pour refuser d'admettre la validité de la renonciation ou de la subrogation à son hypothèque légale consentie par la femme, non seulement pour les arrérages échus de la pension, mais aussi pour les arrérages futurs (85).

B. — SANCTIONS DU NON-PAIEMENT DE LA PENSION DE L'ARTICLE 301.

L'application des sanctions spéciales aux dettes entre époux, c'est-à-dire d'une part l'abandon de famille et, d'autre part, le droit de saisie-arrêt entre époux, donne lieu à des difficultés analogues à celles que nous venons d'examiner en ce qui concerne l'hypothèque légale. Il s'agit également ici de rechercher si le créancier d'une pension alimentaire fondée sur l'article 301 peut se prévaloir de garanties qui ont été édictées dans l'intérêt des époux, à un moment où le mariage n'existe plus et où ils ont perdu leur qualité de conjoint.

a) *Abandon de famille.*

L'application de la loi du 7 février 1924 au cas où l'époux coupable cesse de payer pendant trois mois le montant de la

(83) BÉQUIGNON, *op. cit.*, p. 84.

(84) Rapp. RIPERT, *Le caractère de la pension alimentaire allouée au cas de divorce*, D.H. 1927, Chr., 53.

(85) BÉQUIGNON, *op. cit.*, 85.

pension mise à sa charge par le jugement de divorce, se heurte à une double objection, tirée d'une part des termes employés, et en second lieu, de la nature des droits protégés par ce texte.

Tout d'abord, on pourrait invoquer le fait que la loi de 1924 n'a pas prévu le cas du conjoint divorcé mais vise uniquement le cas du « conjoint ». A cela on peut répondre que le législateur n'a jamais parlé des « anciens conjoints » ou des « ex-conjoints » mais continue à qualifier les époux divorcés de « conjoints » (86).

D'autre part, le délit d'abandon de famille a été institué pour protéger les membres de la famille et pour assurer l'exécution d'obligations essentielles familiales; telle ne serait pas la nature de la pension de l'article 301, qui a précisément le caractère d'être établie par un jugement qui fait disparaître le mariage. Mais il nous semble avoir suffisamment établi que cette pension conserve des liens très étroits avec le mariage pour nous dispenser de réfuter cette affirmation de façon plus complète et nous permettre d'affirmer simplement que le délit d'abandon de famille est encouru par le conjoint contre lequel le jugement de divorce a été prononcé et qui est resté plus de trois mois sans acquitter les arrérages de la pension mise à sa charge par cette décision.

Au lendemain de la promulgation de la loi de 1924, la jurisprudence a quelque peu hésité à l'appliquer dans ce cas, mais il semble bien qu'à l'heure actuelle, depuis 1928, tous les arrêts déclarent coupable d'abandon de famille l'époux divorcé qui a négligé de payer pendant plus de trois mois les arrérages

(86) BÉQUIGNON, *op. cit.*, p. 90.

de la pension mise à sa charge conformément à l'article 301 (87).

b) *Saisie-arrêt entre époux.*

A l'inverse, il est à peine besoin d'indiquer que l'on ne saurait étendre ici la saisie-arrêt entre époux établie par la loi de 1907 et dont la procédure est actuellement organisée par le nouvel article 214 du Code civil. Il s'agit là, en effet, avant tout, d'une mesure destinée à protéger les époux au cours du mariage. Dès lors que celui-ci est dissous, il ne peut être question de continuer à l'utiliser.

Dans ces conditions, l'époux innocent qui a obtenu une pension en application de l'article 301 a la seule ressource des voies d'exécution ordinaires au cas où son conjoint ne procèderait pas au paiement en temps utile.



Nous avons ainsi terminé l'examen des principales difficultés qui surgissent au sujet de la pension allouée en cas de divorce par application de l'article 301. Les solutions qui leur sont données, dont certaines pourraient *a priori* apparaître comme contradictoires dans une certaine mesure, se justifient en réalité et s'expliquent très logiquement à la lumière du double caractère, alimentaire et indemnitaire que présente cette pension.

Et cette dualité exerce même une influence sur la pension allouée en cas de séparation de corps, bien que d'une manière et pour des raisons différentes.

(87) Cass. crim., 5 août 1927, D. 1928 1 32 et note M.N., S. 1929 1 78 ; 11 février 1928, D.H. 1929, 201 ; 23 décembre 1932, *Gaz. Pal.* 1933 ; 29 juillet 1933, *Gaz. Pal.* 1932 2 870 ; 8 juin 1934 *Gaz. Pal.* 1934 2 262 ; 19 octobre 1935 D.H. 1936 5 ; Paris 9 novembre 1937, *Gaz. Pal.* 14 janvier 1938 ; V. cependant Cass. crim. 19 octobre 1935 D.H. 1936 5.

CHAPITRE II

LE DEVOIR DE SECOURS EN CAS DE SÉPARATION DE CORPS

A la vérité l'application stricte des principes généraux relatifs à la dissolution du mariage devrait amener la solution des difficultés relatives à l'exécution du devoir de secours en cas de séparation de corps de la manière la plus simple. La séparation de corps, a, en effet, pour caractère essentiel de laisser subsister le mariage dans ses principaux effets, et notamment le devoir de secours. Dans ces conditions, il semblerait logique de conclure, très logiquement, que l'époux dans le besoin aura toujours le droit de solliciter l'allocation d'une pension représentant l'exécution, par son conjoint, du devoir de secours.

Mais les solutions auxquelles on aboutit ne sont pas aussi aisées parce que d'une part, la disparition du régime matrimonial est susceptible de déplacer les valeurs des époux, qu'en second lieu, la plupart des règles édictées pour le divorce sont appliquées à la séparation de corps qui apparaît à l'heure actuelle plutôt comme le prélude du divorce que comme un divorce atténué et qu'enfin, le jugement qui prononce la séparation de corps désignant lui aussi, un époux coupable et un époux innocent, il est particulièrement délicat de faire le départ entre la pension payée en exécution du devoir de secours et les sommes qui peuvent être dues en réparation d'une faute.

Dans ces conditions, les solutions données en matière de séparation de corps témoignent souvent d'incertitudes très grandes : il n'apparaît pas clairement des décisions, même de

la Cour de Cassation, s'il y a lieu d'appliquer logiquement les règles qui régissent le devoir de secours, ou s'il faut tenir compte en notre matière de l'allocation d'une pension sur le fondement de l'article 301 du Code civil.

Il est bien certain que la disparition du régime matrimonial amène à donner, pour le devoir de secours des époux séparés de corps, des solutions différentes de celles applicables aux époux séparés de fait ou en instance de divorce ou de séparation de corps. D'autre part, le fait que la responsabilité de chacun résulte des causes qui se trouvent à la base de l'instance, donnera également à l'époux innocent des droits que l'on ne saurait concevoir au cours de l'instance, et qui se rapprochent de ceux appartenant aux époux divorcés. Mais il n'en reste pas moins qu'une idée doit dominer le débat, à savoir que le devoir de secours subsiste et qu'il n'y a donc pas à prévoir par l'allocation d'une pension indemnitaire, la réparation du préjudice que sa disparition, sans sa faute, cause à l'époux innocent.

A. — SURVIVANCE DU DEVOIR DE SECOURS AU CAS DE SÉPARATION DE CORPS.

Un grand nombre de décisions de jurisprudence allouent, après séparation de corps une pension à l'époux innocent, sur le fondement de l'article 301 (1). C'est là un point de vue très criticable. A la vérité, il nous apparaît que cette solution a été adoptée par la jurisprudence, pour des raisons d'opportunité, et pour faciliter le règlement des conflits et des difficultés qui

(1) Cass. req. 3 janvier 1893, S. 1893 1 225, note LABBÉ 2 mai 1900, S. 1900 1 436 ; 20 janvier 1920 S. 1921 172 ; Cass. civ. 20 février 1929, D.H. 1929, 178 ; *Rev. trim.*, 1929, 753, S. 1929 1 223 16 avril 1935, *Gaz. Pal.* 28 mai 1935. Note COSTES sous Limoges, 17 décembre 1935, S. 1936 2 201.

se présentent en cas de conversion de la séparation de corps en divorce ainsi que nous aurons l'occasion de le voir en étudiant les règles applicables dans cette hypothèse.

Il est vrai que le Code civil n'a rien précisé en ce qui concerne la pension allouée à l'époux séparé de corps. Mais ne suffit-il pas à cet égard, qu'il soit établi que le mariage subsiste ?

Le devoir de secours n'ayant pas disparu, à la suite de la séparation de corps comme cela se produit en cas de divorce, aucun préjudice de ce chef ne peut être invoqué par les époux, et l'on ne conçoit pas la nécessité de faire jouer l'article 301, en l'absence du préjudice qu'il est destiné à réparer.

L'allocation d'une pension sur le fondement de l'article 301 en cas de séparation de corps est en conséquence, très généralement critiquée en doctrine (2).

Il faut, à notre avis, tirer de la subsistance du devoir de secours entre époux séparés de corps, un certain nombre de règles concernant la manière dont ce devoir sera exécuté, sans s'arrêter à l'erreur de principe commise, à notre sens, par la jurisprudence.

Tout d'abord, puisque l'époux séparé de corps dans le besoin peut invoquer l'article 212 du Code civil, il y a lieu de lui allouer une pension en exécution de l'obligation de secours, sans qu'il y ait à rechercher aux torts de qui la séparation de corps a été prononcée (3).

Une telle pension est uniquement alimentaire, et soumise à toutes les règles relatives à ces sortes de pensions.

(2) AUBRY et RAU, VII⁵ par. 485, n° 6 p. 368; PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 678, p. 570.

(3) Cass. civ. 3 avril 1883, D. 1883 I 335; Cass. req. 20 janvier 1920, D. 1921 I 72, S. 1921 I 64.

Tout d'abord, en ce qui concerne le calcul de son montant : il faut appliquer le principe qu'il est calqué à la fois sur les besoins de celui qui la réclame et sur les facultés de paiement du débiteur. Mais il n'y a pas à tenir compte ici de la limitation exceptionnelle au tiers des revenus du débiteur, établie par l'article 301, uniquement pour la pension allouée sur son fondement (4). Il est assez remarquable à cet égard que, fréquemment, le même arrêt qui se prononce en faveur de l'extension de l'article 301 au cas de séparation de corps, refuse ensuite d'appliquer la limite du tiers, et cela en faisant valoir que l'obligation de secours de l'article 212 subsiste entre époux séparés de corps (5). Cette contradiction suffirait à condamner la doctrine jurisprudentielle.

En second lieu, la pension allouée ayant un caractère alimentaire est incessible : le bénéficiaire ne peut transiger à son sujet, ni la céder, ni y renoncer. Si c'est la femme qui en est créancière, elle ne peut davantage renoncer à l'hypothèque légale qui garantit sa créance (6).

Enfin, puisqu'il s'agit d'une créance née entre époux au cours du mariage, rien ne s'oppose à ce que le conjoint créancier fasse usage pour obtenir paiement, de la saisie-arrêt de l'article 214 alinéa 3 (7), sur les salaires, revenus ou produits du travail de l'autre époux (8).

* *

Il ne nous apparaît pas nécessaire d'insister davantage sur toutes ces règles qui se justifient d'elles-mêmes dès lors

(4) Cass. req. 2 juillet 1919, S. 1920 I 74; 21 mai 1937, *Semaine juridique* 1937, 461.

(5) V. notamment Cass. req. 21 mai 1937, précité.

(6) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, n° 678.

(7) Rédaction de la loi du 18 février 1938. Conf. *supra* p. 87.

(8) Poitiers, 10 avril 1922, S. 1922 2 134.

que l'on a établi le principe de la survivance de l'obligation de secours et l'inutilité de l'article 301 en matière de séparation de corps. Pour le surplus, en effet, la pension allouée par le jugement de séparation de corps suit les règles que nous avons précédemment dégagées pour la pension allouée en exécution du devoir de secours pendant l'instance.

Il ne faut, bien entendu pas perdre de vue cependant que, la séparation de corps entraînant la séparation de biens, il ne pourra plus y avoir lieu après la séparation, comme c'est le cas pendant l'instance, à la demande de pension dirigée contre le mari, détenteur des biens communs. Et, par suite, la charge de cette pension reste nécessairement à celui qui a été condamné à la payer. En d'autres termes, alors que la pension alimentaire peut être allouée pendant l'instance à celui des époux qui est momentanément dans le besoin par celui qui détient jusqu'à la liquidation du régime matrimonial les biens destinés à pourvoir à l'entretien des époux, la pension, de même nature, allouée après séparation de corps, l'est nécessairement à celui des époux qui est « définitivement » dans le besoin.

B. — INTERVENTION DE L'IDÉE DE FAUTE EN MATIÈRE DE PENSION ALLOUÉE APRÈS SÉPARATION DE CORPS.

Il nous semble que la confusion fréquemment commise par les arrêts condamnant au paiement d'une pension fondée sur l'article 301, l'époux contre lequel la séparation a été prononcée s'explique dans une certaine mesure par l'idée que l'époux qui a obtenu la séparation de corps a droit à la réparation du préjudice que cette séparation est susceptible de lui causer (9).

Ce droit de l'époux innocent à obtenir réparation, n'est

(9) Cass. civ., 16 avril 1935, *Gaz. Pal.* 28 mai 1935.

pas douteux (10). Mais il peut y être satisfait par application des règles générales en matière de responsabilité civile : le préjudice particulier que la pension de l'article 301 est destinée à réparer, et la disparition du devoir de secours, n'existant pas en matière de séparation de corps, il n'y a pas à faire intervenir cette sorte de pension.

Par conséquent, la situation de l'époux qui a obtenu la séparation de corps se rapproche de celle de l'époux qui a obtenu le divorce parce qu'il peut, lui aussi, obtenir réparation du dommage que lui cause le relâchement du lien conjugal résultant du jugement de séparation (11). Bien entendu, pour l'établissement de cette indemnité, fondée sur l'idée de faute, en matière de séparation de corps, il n'y a pas davantage à faire intervenir les règles particulières de l'article 301 qu'on ne le fait pour l'établissement d'une indemnité à la charge de l'époux divorcé coupable, indépendante de la pension.

*
* *

Malgré les hésitations de la jurisprudence, il apparaît donc que la pension allouée après séparation de corps a un caractère purement alimentaire et qu'elle se rapproche de la pension allouée en cours d'instance, à un moment où l'obligation de secours existe encore entre les époux. Cet état de choses suscite une question des plus délicates lorsque, comme c'est le cas le plus fréquent, le jugement de séparation de corps est postérieurement converti en jugement de divorce.

(10) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 678.

(11) Angers, 11 avril 1932, D.H. 1932, 342.

CHAPITRE III

LE DEVOIR DE SECOURS EN CAS DE CONVERSION DE LA SÉPARATION DE CORPS EN DIVORCE

Le divorce prononcé à la suite de la conversion de la séparation de corps ne diffère aucunement, quant à ses effets, du divorce prononcé directement. Par conséquent, nous n'avons qu'à rappeler les règles que nous avons dégagées relativement à la pension qui peut être allouée après divorce par application de l'article 301 du Code civil.

Et lorsque le jugement de conversion statue de façon complète et explicite sur l'allocation de cette pension à l'époux au profit duquel le divorce est prononcé, aucune difficulté nouvelle ne peut se produire.

Les seules questions délicates susceptibles de se présenter en matière de conversion tiennent à ce que, le divorce remplaçant dorénavant la séparation de corps, au relâchement du lien conjugal succédera sa rupture complète. Dans ces conditions, il peut se faire que la transformation des mesures relatives à la pension allouée pendant la séparation de corps par suite de la conversion provoquent des conflits, dûs à la nature différente des effets des deux institutions. Et l'on comprend que de tels problèmes puissent se poser en matière de pension alimentaire, à raison de la différence profonde qui existe entre les deux sortes de pension alimentaire allouée dans l'une et l'autre hypothèse.

Il est tout d'abord une série d'hypothèses qui ne font pas difficultés. Au cas où le jugement de séparation de corps a condamné l'époux innocent au paiement d'une pension alimentaire à l'époux coupable, comme cela est parfaitement possible, par application des principes concernant le devoir de secours entre époux encore unis par mariage, cette pension disparaît automatiquement par l'effet du jugement de conversion, dès lors que le divorce est prononcé aux torts exclusifs de celui contre lequel la séparation avait été obtenue. Aussi longtemps que durait la séparation de corps, donc le mariage, il avait droit au paiement d'une pension alimentaire par application du devoir de secours entre époux, et ses torts, dans l'instance en séparation, ne pouvaient constituer une fin de non-recevoir à sa demande en paiement de pension alimentaire.

La disparition de la pension allouée par le jugement de séparation de corps se produit également, pour les mêmes raisons dans l'hypothèse voisine où le divorce est prononcé aux torts réciproques des deux époux (1). Nous avons vu que, dans ce cas, il ne pouvait y avoir lieu au paiement d'une pension sur le fondement de l'article 301. Par conséquent, il ne peut être question de maintenir la pension qui avait été versée pendant la séparation de corps à l'époux qui l'avait obtenue, si le divorce met une partie des torts à sa charge.

En d'autres termes, la règle que toute pension allouée sur le fondement du devoir de secours — comme c'est le cas pour la pension fixée par le jugement de séparation de corps —, disparaît avec le devoir de secours lui-même, s'applique sans aucune difficulté, lorsqu'elle n'était pas due à celui aux torts duquel le divorce a ultérieurement été prononcé (2).

(1) Cass. civ. 16 mai 1933, D.H. 1933, 394; S. 1933 I 379; Le Puy, 11 février 1937, *Gaz. Pal*; 13 mai 1937.

(2) Trib. civ. Poitiers, 24 juillet 1929, S. 1929 2 113, note ROUSSEAU.

Mais dans l'hypothèse inverse, si le jugement de conversion prononce le divorce au profit de celui des époux qui a déjà obtenu la séparation de corps, et auquel l'époux coupable avait été condamné à verser une pension alimentaire, la décision à prendre relativement à cette pension demande quelques explications.

Sans vouloir entrer dans le détail des difficultés qui se produisirent entre le rétablissement du divorce et la loi de 1908, modifiant l'article 310, nous rappellerons d'abord que les tribunaux eurent fréquemment à statuer alors que le jugement de conversion n'avait pas statué, ou avait statué de façon insuffisamment précise, relativement à la pension définitive mise à la charge de l'époux coupable au profit de l'époux innocent.

La pension payée pendant la séparation de corps est, nous l'avons indiqué, fondée sur l'obligation de secours de l'article 212. Elle ne pouvait donc survivre au prononcé du divorce. Les tribunaux ne pouvaient d'office la transformer en la pension fondée sur l'article 301, à raison de la différence fondamentale entre les deux conceptions. C'est alors que la jurisprudence imagina, croyons-nous, de donner l'article 301 comme fondement à la pension allouée par le jugement de séparation de corps. Dans ces conditions, aucune difficulté ne pouvait se produire : les deux pensions étant alors de même nature, la conversion ne changeait en réalité que peu de choses, tout au moins en ce qui concerne le service de la pension à l'époux innocent.

Malgré cette conception ingénieuse, sinon exacte, et à raison des protestations des auteurs sur ce point, la loi du 6 juin 1908 est venue apporter une précision en notre matière. En effet, aux termes de l'alinéa que cette loi ajoute à l'article 301

« les dispositions du jugement de séparation de corps accordant une pension alimentaire à l'époux qui a obtenu la sépa-

« ration conservent en tous cas leur effet ». Par conséquent le maintien de la pension après conversion se produit indépendamment de sa nature propre.

Il faut se garder de donner à ce texte une portée qu'il n'a pas : le fondement de chacune des pensions reste le même dans chaque situation : devoir de secours en cas de séparation de corps, et article 301 en cas de divorce. Mais il établit une règle importante à savoir qu'en cas de divorce prononcé aux torts exclusifs de l'époux contre lequel la séparation de corps avait été obtenue et qui a été condamné au paiement d'une pension à son conjoint, la conversion entraîne substitution de la pension alimentaire de l'article 301 à celle de l'article 212 (3). Cette substitution se produit avec de très larges effets : il en résulte notamment que le non-paiement de la pension après conversion peut donner lieu aux poursuites pour abandon de famille, même dans le silence de la décision qui a converti la séparation de corps relativement à la pension (4).

Malgré la réforme de la loi de 1908, un certain nombre de points délicats subsistent au cas de conversion, entraînant substitution d'une pension alimentaire fondée sur l'article 301 à la pension fondée sur le devoir de secours. Les différences sont profondes, en effet, entre ces deux espèces de pension, de sorte que la substitution de l'une à l'autre pourra, dans certains cas, entraîner des modifications assez importantes dans les modalités de cette pension, en principe maintenue.

* *

Tout d'abord, nous l'avons vu, la pension de l'article 301 est soumise à la limite du tiers des revenus de l'époux débiteur.

(3) BÉQUIGNON, *op. cit.*, 53.

(4) Cass. crim., 22 juin 1935, S. 1936 I 353, note ROUAST.

Il y a lieu, bien entendu, de ramener à cette fraction le montant de la pension allouée pendant la séparation de corps, qui, elle, échappe à cette règle (5). Et dans la logique des choses, il faudrait décider que cette réduction est de droit, c'est-à-dire qu'elle peut être prononcée d'office par les tribunaux.

Cessant, pour l'avenir, d'être fondée sur le devoir de secours et d'avoir un caractère strictement alimentaire, la pension payée après conversion suivra toutes les règles applicables à la pension de l'article 301 du Code civil : elle est notamment cessible et le bénéficiaire peut y renoncer (6), ainsi qu'aux garanties correspondantes.

*
**

La transformation automatique rendue possible par la loi de 1908, ne vise que la pension allouée par « les dispositions « du jugement de séparation ». Il en résulte qu'elle ne s'applique pas au cas où la pension due à l'époux ayant obtenu la séparation de corps avait été accordée par un jugement postérieur (7). Un amendement avait été proposé à la loi de 1908, tendant à l'application de la règle du nouvel article 301 également au cas de pension allouée par jugement postérieur à la séparation de corps. Il fut rejeté à raison de la rareté et du manque d'intérêt pratique d'une telle hypothèse (8).

(5) Bordeaux, 21 février 1922, S. 1922 2 65, n. MINVIELLE, sol. impl. ; GAUDEMET, *Rev. trim.*, 1909, p. 675 ; PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, p. 596 ; BÉQUIGNON, *op. cit.*, p. 55.

(6) Paris, 10 juin 1925, *Gaz. Pal.*, 5 novembre 1925.

(7) Douai, 8 mars 1909, D. 1909 2 239, S. 1909 1 137 ; PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 707, p. 595.

(8) BÉQUIGNON, *op. cit.*, p. 54.

Enfin, une difficulté de compétence, se présente en cette matière, touchant la procédure. En effet, l'article 310 prévoit que l'action en conversion sera portée en Chambre du conseil. L'on s'est demandé s'il fallait admettre cette compétence exceptionnelle pour les actions accessoires et notamment, pour la demande de pension alimentaire.

Aucune hésitation ne pouvait se produire pour ce qui touche la demande principale en pension alimentaire, qui reste nécessairement de la compétence du tribunal civil, même si elle se produit à la suite d'une demande de conversion de séparation de corps en divorce (9).

Avant la loi de 1908, on faisait valoir en faveur de la compétence de la Chambre du Conseil, le fait que cette juridiction avait un très grand pouvoir d'appréciation pour la demande en conversion : il paraissait, en conséquence, logique de lui donner également compétence pour les questions accessoires, telles que celle de la pension alimentaire.

A l'heure actuelle, l'incompétence de la Chambre du Conseil en ce qui concerne la pension au cas de conversion, n'est plus contestée (10). En effet, lors du vote de la loi de 1908, le législateur rejeta un amendement qui avait précisément pour objet de lui donner compétence en ce qui touche les demandes accessoires à la demande de conversion.

*
**

En résumé, l'étude des questions relatives à la pension allouée au cas de conversion de séparation de corps en divorce,

(9) Paris, 28 juin 1932, D.H. 1933, Som, 18.

(10) Cass. civ. 29 juin 1915, D. 1916 I 167; Trib. civ. Nantua, *Gaz. Pal.* 1935 I 1726, *Rev. trim.* 1935, 639; BÉQUIGNON, *op. cit.*, p. 57.

si elle apporte de précieux éclaircissements sur la jurisprudence, qui paraît, à première vue, si contestable, en fondant la pension allouée après séparation de corps sur l'article 301, ne modifie pas de façon appréciable les solutions dégagées, pour le cas où la pension accordée sur le fondement de l'article 301, l'a été dans une décision judiciaire prononçant directement le divorce.

DEUXIEME PARTIE

Rapports pécuniaires des époux au point de vue du régime matrimonial

Nous avons déjà eu l'occasion de rappeler la règle établie par l'article 252, alinéa 6, du Code civil, qui fait remonter, entre les époux et relativement à leurs biens, les effets du divorce au jour de la demande et plus précisément au jour de l'assignation faite par le conjoint demandeur. L'importance de ce principe est considérable en ce qui concerne la liquidation du régime matrimonial à laquelle il faut procéder, une fois la séparation de corps ou le divorce prononcés.

A l'inverse, le même texte établit la règle que le divorce ne produit ses effets à l'égard des tiers qu'à partir de la transcription. Chacun des époux pourra donc, jusqu'à ce moment, se prévaloir valablement à l'égard des tiers des pouvoirs que lui confère le régime matrimonial. Depuis la loi du 26 juin 1919, la transcription est devenue une simple mesure de publicité, et le défaut de transcription, mesure prescrite dans l'intérêt des tiers, ne peut être invoqué que par eux et non par les époux. Par suite, suivant leur intérêt, les tiers pourront avoir avantage à considérer la communauté dissoute à la transcription seulement, (ce qui serait le cas des créanciers du mari ayant traité avec lui entre le jugement de divorce et la formalité), ou dès que le jugement est devenu définitif, s'ils ont traité avec la femme.

En cas de conflit entre les deux catégories de créanciers,

il semble qu'il faille donner la préférence à ceux qui se prévaudraient du défaut de transcription, en se conformant ainsi au but auquel on a voulu parvenir en édictant cette publicité (1).

En outre, si l'un des époux est commerçant, le défaut d'affichage permet aux créanciers de s'opposer à la liquidation. En d'autres termes, et pour prendre un exemple, le mari pourra notamment, pendant toute la durée de l'instance, aliéner les biens qui seront réputés ensuite ne plus lui appartenir. La femme, n'ayant aucun recours contre les tiers, se trouvera lésée au cas où le mari n'aura pas de biens pour la remplir de ses droits.

L'instance en divorce ou l'instance en séparation de corps, qui est à tous égards une période incertaine, l'est donc particulièrement en ce qui concerne le régime matrimonial.

Il faut, par suite, prévoir, pour la durée de cette période d'attente une série de mesures afin d'en réduire les inconvénients au minimum, et d'éviter que le crédit des époux ne souffre de la situation. Il est d'ailleurs surtout à craindre que l'un des époux — le mari le plus souvent — ne puisse abuser des pouvoirs qui lui appartiennent encore — puisque le mariage dure toujours — sur les biens de son conjoint.

Il faut concilier le principe du mari chef de la communauté, qui par cela même peut disposer librement des biens communs jusqu'à ce qu'un jugement intervienne et la nécessité d'assurer le respect et l'intégrité soit des biens propres de la femme, soit de sa part dans la communauté. De plus, jusqu'à la clôture de l'instance, le mari conserve en droit tous pouvoirs et prérogatives, qu'il est impossible de lui retirer complètement; mais, lorsque le jugement est devenu définitif, ces mê-

(1) PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 681.

mes pouvoirs doivent être considérés rétroactivement comme ceux d'un administrateur, qu'il n'a jamais cessé d'être d'ailleurs, en ce qui concerne les biens personnels de la femme ou les biens dotaux, et qu'il a été en « puissance de devenir » pour les biens communs, puisque pour ces derniers les pouvoirs du mari, chef de la communauté, pouvaient être transformés à l'avenir et rétroactivement par le jugement en ceux d'un simple administrateur.

La difficulté est presque identique, qu'il s'agisse d'une action en divorce ou en séparation de corps. Outre que la procédure est la même dans les deux cas, la rétroactivité du jugement de séparation de corps au jour de la demande est également admise entre les époux en ce qui concerne leurs biens. Elle n'est établie par aucun texte, mais la jurisprudence a étendu à cet égard la disposition de l'article 1445 du Code civil, qui fait remonter les effets du jugement prononçant la séparation de biens au jour de la demande (2). Dans ces conditions, les difficultés qui surgissent pendant l'instance quant au régime matrimonial des époux sont exactement les mêmes et il n'y a pas à distinguer suivant la nature de cette instance. La culpabilité de l'un ou de l'autre, outre qu'elle n'est pas encore établie, est également sans influence sur les mesures à prendre pour sauvegarder les intérêts des conjoints.

..

Après avoir précisé les mesures qui, pendant l'instance, assurent la sauvegarde des intérêts des époux au regard de leur régime matrimonial, nous aurons à étudier la situation une fois l'instance terminée.

(2) Cass. civ. 27 mai 1921, D. 1923 I 65, note ROUAST, PLANIOL et RIPERT, II, n° 673 M., S. 1922 I 60, note ESMEIN.

A cet égard, nous n'aurons pas à faire les mêmes distinctions qu'en matière de devoir de secours. Tandis que, pour la pension alimentaire, il faut faire une distinction profonde suivant que le jugement prononce la séparation de corps ou le divorce, et suivant que le divorce est prononcé directement ou par conversion, les solutions applicables en ces diverses hypothèses ne diffèrent que fort peu en ce qui concerne le régime matrimonial. Le jugement prononcé, il y a lieu de procéder à la liquidation du régime matrimonial, dans tous les cas ; à ce propos, nous aurons à apprécier la validité des liquidations anticipées qui se pratiquent parfois. Et, qu'il s'agisse de séparation de corps ou de divorce, cette liquidation tire ses règles propres de ce que, d'une part, il y a lieu d'appliquer des déchéances spéciales à l'époux coupable, et que d'autre part, elle rétroagit au jour de la demande.

De cette similitude d'effets dans les diverses hypothèses, il résulte que la conversion n'apporte pas de modification fondamentale aux rapports pécuniaires des époux quant au régime matrimonial : et nous ne retrouverons ici, rien de semblable à la transformation profonde que nous avons notée pour la pension alimentaire.

SECTION PREMIERE

Le régime matrimonial pendant l'instance

Les mesures prises pendant l'instance relativement à l'exécution du devoir de secours au cours de cette période transitoire sont dominées par l'idée qu'il faut assurer la subsistance des époux jusqu'à sa clôture, de manière à ce qu'aucun d'eux ne souffre, matériellement, ou tout au moins, souffre le moins possible, de la cessation de la vie commune.

Le souci des juges est d'un tout autre ordre en ce qui touche le régime matrimonial, dont la survivance au cours de l'instance est nécessairement précaire puisqu'il sera effacé rétroactivement à l'égard des époux. Il s'agit ici bien plutôt de sauvegarder l'avenir et de protéger les droits des conjoints, afin d'éviter que, par des actes inconsidérés ou dolosifs au cours de l'instance, l'un d'eux ne puisse compromettre définitivement l'exercice des droits de l'autre au moment de la liquidation.

En ce qui concerne le devoir de secours, les mesures prises tendent, pour prendre une formule très exagérée, à empêcher qu'un conjoint ne soit réduit à la misère pendant le procès, bien qu'ayant de la fortune ou ayant été habitué à vivre largement. Pour le régime matrimonial au contraire, il s'agit d'éviter que l'état de dénuement se produise *définitivement*, lors de la liquidation du régime matrimonial, à la suite de la négligence ou de malversations de l'un des conjoints pendant l'instance.

En d'autres termes, les mesures prises pendant cette période ont pour unique objet, s'agissant des rapports des époux considérés sous l'angle du devoir de secours, de sau-

vegarder, *pour le temps de l'instance*, les droits du conjoint bénéficiaire. S'il s'agit du régime matrimonial, de semblables mesures peuvent être prises, mais ce sera l'exception. Le plus grand nombre de règles établies pour cette période ont pour but de sauvegarder les droits de l'un des conjoints, *pour l'avenir, après la liquidation* du régime, et de façon définitive. Elles ont également pour résultat de remédier à la situation contradictoire qui résulte de ce que l'un des époux peut avoir encore durant l'instance de larges pouvoirs sur les biens du ménage ou sur ceux de l'autre, en vertu d'un régime matrimonial qui sera réputé disparu, rétroactivement et dans les rapports des conjoints.

L'étude des règles applicables pendant l'instance aux rapports pécuniaires des conjoints, quant à leur régime matrimonial, nous amène donc à envisager successivement les mesures provisoires destinées à faciliter l'existence de l'un ou de l'autre des époux pendant la durée de l'instance, puis les mesures conservatoires, à portée plus lointaine, prises pour sauvegarder les droits définitifs de chacun sur ses biens. En troisième lieu, nous aurons à rechercher dans quelle mesure le régime matrimonial subsiste pendant l'instance et à préciser les sanctions existant à l'encontre de celui des époux qui mesuse de ses droits.

■
* *

Avant d'entrer dans le détail de ces règles, nous ferons une double remarque.

Tout d'abord, nous avons jusqu'ici, à dessein, parlé, sans préciser davantage, de la sauvegarde des intérêts des époux. Déjà, dans la première partie de cette étude, nous avons vu que la plupart du temps, les mesures concernant le paiement

de la pension alimentaire sont instituées au bénéfice de la femme. La même remarque doit être faite avec encore plus de force en ce qui concerne le régime matrimonial. En effet, c'est généralement le mari qui a de très larges pouvoirs d'administration, et parfois de disposition, sur des biens qui ne lui appartiennent pas. Sauf le cas où la femme a des biens réservés importants, il est assez difficile d'imaginer une hypothèse pratique dans laquelle les droits du mari se trouvent exposés à être diminués par des agissements maladroits ou frauduleux de la femme au cours de l'instance. Dans cette éventualité la femme a des droits très étendus sur les biens provenant de l'exercice d'une profession séparée; elle peut aliéner à titre onéreux ses meubles et immeubles acquis avec ses gains, les hypothéquer, les engager. Et, depuis que la loi du 18 février 1938 permet à la femme, avec l'autorisation de la Chambre du Conseil, de passer outre au veto du mari, pour exercer une profession non commerciale, bien souvent l'on se trouvera à l'avenir dans ce cas au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps. De plus, la femme séparée de biens conventionnellement et la femme qui a des biens paraphernaux en conservant l'administration et la disposition, limitées toutefois par l'article 1449 du Code civil qui interdit l'aliénation des immeubles sans l'autorisation du mari. Ce sont donc presque toujours les intérêts de la femme qu'il faudra protéger, et, le plus souvent c'est en sa faveur que les mesures que nous allons étudier seront prises. Il n'apparaît pas d'ailleurs que la loi du 18 février 1938 soit de nature à apporter un notable changement en notre matière, qui touche plus au régime matrimonial qu'à celui de la capacité de la femme.

En second lieu, nous indiquerons que les controverses relatives à la détermination du tribunal compétent pour statuer

sur les questions de rapports pécuniaires entre époux relativement au régime matrimonial sont les mêmes qu'en matière de pension alimentaire. Il en est de même en ce qui concerne les règles de procédure. Nous renvoyons donc simplement aux explications que nous avons données sur ces divers points à propos du devoir de secours (3) et nous n'y reviendrons pas dans le cours des explications qui vont suivre.

(3) *Supra*, p. 51.

CHAPITRE I

MESURES PROVISOIRES PRISES PENDANT L'INSTANCE POUR LA SAUVEGARDE DES DROITS DES ÉPOUX

Nous avons vu précédemment que le législateur avait eu le souci de maintenir aux époux, pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps, le train de vie dont ils jouissaient durant le mariage. Il est donc tout à fait normal que pour que chacun des époux ait la possibilité de continuer ce train de vie il soit autorisé à reprendre ses effets personnels.

L'article 238 alinéa 2 du Code civil prévoit que le juge statuera « sur la remise des effets personnels. » Et l'article 878 du Code de procédure civile concerne également cette mesure.

A la vérité, si elle est très importante, cette règle, en fait, ne soulève pas de difficultés considérables. On a coutume, d'ailleurs, de parler presque toujours seulement de la remise des effets personnels de la femme. C'est évidemment le cas le plus fréquent, mais, outre que le législateur a employé une formule beaucoup plus générale dans le texte, il ne faut pas perdre de vue que parfois, ce sera le mari qui quittera la résidence conjugale après l'ordonnance de résidence séparée. Les mêmes règles s'appliqueront à la remise de ses effets personnels.

Cette remise procède d'une idée très simple et logique, à savoir que l'époux auquel est assignée une résidence séparée ne doit pas être privé des objets nécessaires à sa vie quotidienne, vêtements, linge, etc..., afin que son train ordinaire de vie ne soit pas bouleversé.

La formule de la loi est des plus vague, mais il faut recon-

naître au magistrat saisi un très grand pouvoir d'appréciation pour déterminer ce que comporte l'expression « effets personnels ». C'est là une question de fait, pour laquelle les tribunaux ont un très large pouvoir d'appréciation (4). Ils pourront autoriser l'époux qui va s'installer dans une autre résidence à prendre son linge et ses vêtements, ses livres et instruments de travail. Ils pourront même lui permettre d'emporter une partie du mobilier commun pour garnir le nouvel appartement qu'il habitera dorénavant (5).

*
**

Si le principe de la remise des effets personnels ne donne lieu à aucune difficulté, il faut reconnaître qu'en pratique, la mauvaise volonté de l'époux demeuré au domicile conjugal, généralement le mari, peut mettre de sérieux obstacles à l'exécution de cette mesure. Ce n'est pas à dire qu'à défaut de remise volontaire le demandeur soit sans moyens d'obtenir satisfaction : en effet, la décision qui statue sur la remise de ces effets est susceptible d'exécution conformément au droit commun. D'autre part, il pourrait faire assigner l'autre partie à bref délai, pour la faire condamner soit à une astreinte à tant par jour de retard, soit à des dommages-intérêts.

..

La remise des effets personnels est la seule mesure provisoire en ce qui concerne la répartition des biens entre époux pendant la durée de l'instance en divorce ou en séparation de corps : elle seule a été prévue pour faciliter la vie séparée des

(4) BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, IV, n° 187; PAUCOT, *op. cit.* p. 75.

(5) Cass. civ. 15 février 1859, D. 1859 I 201.

époux. A la vérité, un certain nombre parmi les mesures conservatoires qui peuvent être ordonnées au cours de l'instance auront pour résultat de rendre plus facile la vie séparée des époux : mais ce n'est pas le but essentiel de ces mesures, qui ont un objet moins immédiat, et tendant à maintenir l'intégrité du patrimoine de celui qui les requiert, et à empêcher le dépérissement de ses divers éléments.

CHAPITRE II

MESURES CONSERVATOIRES PRISES PENDANT L'INSTANCE RELATIVEMENT AU RÉGIME MATRIMONIAL

Les dispositions légales relatives aux mesures conservatoires qui peuvent être prises pendant l'instance sont à l'heure actuelle édictées par l'article 242 du Code civil, tel qu'il a été rédigé par la loi du 18 avril 1886. Ce texte donne « à l'un ou l'autre des époux », « dès la première ordonnance », le droit de prendre pour la garantie de ses droits, des mesures conservatoires sur les biens de la communauté. Il accorde, dans son second alinéa, le même droit à la femme, « même non commune » pour la conservation de ceux de ses biens dont le mari a l'administration ou la jouissance.

L'époux qui croit nécessaire de prendre l'initiative de telles mesures, a, d'après le texte même, une certaine initiative, sous réserve toutefois de se faire autoriser par le juge (6) : il faut en effet éviter que, sous couleur de sauvegarder ses droits, l'un des époux n'en arrive à employer des procédés vexatoires pour son conjoint (7).

Mais sous cette réserve, la loi maintenant en vigueur laisse une grande liberté aux conjoints. Nous ne croyons pas nécessaire de retracer l'histoire du texte et nous indiquerons sim-

(6) Colmar (Chambre détachée à Metz), 21 janvier 1930, D. 1930 2 182, note NAST.

(7) LECLERCQ, *Dans quelle mesure le régime matrimonial des époux subsiste-t-il au cours de l'instance en divorce ?* Thèse Dijon, 1936.

plement que le système de protection établi par le Code de 1804 — qui se trouvait à l'article 270 — était beaucoup moins satisfaisant (8).

A l'heure actuelle, la loi sur la capacité civile de la femme mariée ayant augmenté les pouvoirs de l'épouse séparée de biens, ou de l'épouse ayant l'administration de ses paraphernaux, tout en lui imposant de participer aux charges du ménage (article 214 nouveau du Code civil), le mari aura plus qu'autrefois à prendre des mesures pour obliger la femme à apporter sa contribution personnelle à l'entretien du ménage et des enfants et à l'empêcher aussi de dilapider les biens réservés qu'elle pourrait avoir et qui font partie de la communauté, lorsqu'un tel régime a été adopté par les conjoints pour base de leur union. Cependant étant donné, d'une part que cette protection doit le plus souvent être demandée par la femme, et, en second lieu, à raison de ce que les pouvoirs du mari sont beaucoup plus étendus que ceux de la femme, même sur les biens communs, nous étudierons successivement les mesures conservatoires requises par la femme et celles requises par le mari.

A. — MESURES CONSERVATOIRES REQUISES PAR LA FEMME.

L'organisation des régimes matrimoniaux en droit français a pour résultat que le mari peut avoir, au cours du mariage — donc pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps — l'administration ou la jouissance de l'ensemble des biens du ménage. C'est le cas notamment sous le régime de communauté légale. Les mesures conservatoires auxquelles la femme peut prétendre varient nécessairement suivant la caté-

(8) *LECLERCQ, op. cit.*, 95.

gorie de biens qu'elle veut protéger. Nous aurons donc à distinguer suivant qu'il s'agit de sauvegarder ses droits sur sa part de communauté, ou d'empêcher le mari de faire disparaître ou d'amoindrir ses biens propres. Nous aurons ensuite à rechercher à quelles mesures conservatoires la femme peut prétendre sur les biens personnels du mari.

a) *Mesures conservatoires concernant les biens de la communauté.*

Pour préciser les mesures qui peuvent être ordonnées pendant l'instance pour sauvegarder les droits de la femme, il ne faut pas oublier que le mari a les plus larges pouvoirs sur les biens communs, puisqu'il peut non seulement les administrer et en profiter comme il l'entend, mais qu'au surplus étant « seigneur et maître » de la communauté, il peut les aliéner, sauf les réserves établies par l'article 1422 pour certaines aliénations à titre gratuit. Il ne faut pas perdre de vue que malgré la rétroactivité du jugement au jour de la demande, le mari conserve les pouvoirs d'administration les plus étendus sur les biens communs et sur les biens propres de sa femme, à moins que ses pouvoirs aient été restreints dans les conditions que nous allons examiner.

La femme reste donc, si elle ne requiert pas de telles mesures, tenue par tous les actes d'administration du mari. C'est ainsi notamment qu'elle doit rembourser le montant des primes d'assurances et des impôts payés par le mari pour l'immeuble commun pendant l'instance, bien qu'il se soit rendu depuis adjudicataire de l'immeuble (9). De même encore, si le mari achète un fonds de commerce pendant l'instance avec les deniers de la communauté, clandestinement, la femme

(9) Alençon, 24 janvier 1933, D.H. 1933, 247.

n'en a pas moins droit au bénéfice réalisé ensuite par la revente dudit fonds, qui était entré dans la communauté (10).

Certaines mesures requises par la femme ont pour objet de priver le mari de son droit d'aliéner. D'autres, plus radicales, ont pour objet de lui enlever également son droit d'administration.

MESURES PRIVANT LE MARI D'ALIÉNER LES BIENS COMMUNS.

Nous citerons tout d'abord la mesure qui est donnée à titre d'exemple par le législateur et qui jusqu'en 1886 était la seule mesure prévue pour sauvegarder les droits de la femme en instance de divorce, nous voulons parler de l'apposition des scellés.

APPOSITION DES SCELLÉS. — L'article 242 du Code civil la cite à titre d'exemple de mesure conservatoire. Elle en est en effet le type, puisqu'elle a pour effet de rendre impossible la disposition, même matérielle, des biens. C'est une mesure qui ne saurait préjudicier aux tiers, de sorte qu'elle n'est possible que sur les biens qui se trouvent en la possession même du mari (11). Ainsi, la femme ne saurait être autorisée à apposer les scellés sur des biens qu'elle prétend appartenir à la communauté mais que se trouvent au domicile d'un tiers (12), ni sur l'apport de la communauté à une société en nom collectif, et bien que le mari en soit l'un des associés (13), réserve faite, bien entendu, du cas de fraude où cette société aurait précisément été créée afin de soustraire la partie la plus importante de l'actif commun aux pouvoirs de la femme (14).

(10) Cass. civ. 10 mai 1933, D.H. 1933, 361.

(11) Aix, 17 novembre 1931, D.H. 1933 Som. 2.

(12) LECLERCQ, *op. cit.*, 99, n° 30.

(13) Angers, 21 mars 1934, D.H. 1934, 323; *Rev. trim.* 1934, 600.

(14) Angers, *précité*.

Il est à noter que cette mesure est particulièrement efficace, parce que simple, et que, peu onéreuse, elle est à la portée de la plupart, sinon de tous les conjoints en instance de divorce. De plus, l'époux demandeur saura toujours à quel endroit faire apposer les scellés, exception faite cependant pour un coffre-fort loué dans une banque et qu'il peut ignorer ; alors que, très souvent, pour parvenir à prendre des mesures utiles en matière de saisie-arrêt, il faudra de nombreuses recherches, pour que l'épouse, qui ignore fréquemment l'essentiel des affaires de son mari, réussisse à faire une saisie utile.

Les scellés sont levés à la requête de la partie la plus diligente, aux termes mêmes de la loi, et par le juge de paix du domicile conjugal, qui a également qualité pour les apposer. Ensuite, « les objets et valeurs sont inventoriés et prisés ». Il faut d'ailleurs faire figurer sur l'inventaire, non seulement les biens communs ayant une valeur marchande, mais aussi tous les documents relatifs à la situation active et passive de la communauté (15). Mais à l'inverse, il y a lieu d'en exclure tous les documents constituant la propriété personnelle des époux, dès lors qu'ils n'ont aucun intérêt en vue de la liquidation de la communauté (16).

Les opérations d'inventaire et l'estimation sont généralement l'œuvre du notaire des époux : nous n'aurons pas à insister sur les difficultés de détail qu'elles peuvent soulever.

Il y a lieu ensuite d'assurer la conservation des effets ainsi inventoriés : elle est confiée à un gardien judiciaire, qui est l'époux en possession, le mari par hypothèse « à moins qu'il

(15) Ainsi jugé par le tribunal civil de Rouen (référés), le 15 mars 1926, *Gaz. Pal.* 1926 2 454, pour l'agenda sur lequel le mari, médecin, inscrivait les visites des clients et les honoraires correspondants.

(16) Paris, 2 mars 1886, S. 1886 2 161 ; LECLERCQ, *op. cit.*, 98.

n'en soit décidé autrement ». Et la femme peut, en outre, demander que ces « valeurs », tout au moins lorsqu'il s'agit de valeurs mobilières ou d'objets précieux, soient remises entre les mains d'un séquestre, par exemple d'un notaire ; car que lui servirait, en effet, l'apposition des scellés sur les biens communs ou le coffre-fort que le mari a en location dans une banque, si une fois les scellés levés, ce dernier pouvait en disposer à son gré ? Avant la loi de 1886, l'on ne pouvait admettre, en dehors d'un texte exprès, que le mari fût privé de la détention des biens de communauté ; l'on eût ainsi prononcé contre lui une sorte de déchéance, tout à fait en opposition avec les principes admis en matière d'autorité maritale (17). La disposition expresse de l'article 242, tel que modifié par la loi de 1886 met fin à toute controverse sur ce point. Cependant, la majorité des auteurs (18) et de nombreux arrêts se prononcent, à l'heure actuelle, encore contre la nomination d'un gardien judiciaire des effets de la communauté, autre que le mari (19).

Le mari ainsi constitué gardien judiciaire, est soumis aux obligations habituelles en la matière : il lui faut conserver les biens en nature, y apporter les soins d'un bon père de famille et les représenter au moment de la liquidation de la communauté. Les pouvoirs d'administration que lui confèrent les articles 1421 et 1422 du Code civil sur les biens communs sont réduits et ne subsistent que dans la mesure où ils se concilient avec son titre de gardien judiciaire (20). Si, au cours de l'ins-

(17) Paris, 2 mars 1886 précité, Nancy, 13 juillet 1895, D. 1896 2 121.

(18) V. notamment, PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 615.

(19) Cass. req. 26 mars 1889, D. 1889 1 144 ; Paris, 30 octobre 1894, D. 1895 2 223 ; 27 octobre 1895, D. 1896 2 95.

(20) Trib. corr. Cambrai, 28 octobre 1925, *Revue du Notariat*, 1926, n° 1. 2015.

tance, il devient indispensable d'aliéner un de ces biens de communauté, l'on admet généralement que le mari ne peut le faire que du consentement de la femme, ou avec l'autorisation de justice (21).

Certains arrêts, admettent cependant que le mari, même gardien judiciaire, conserve son droit d'aliéner les biens communs, dès lors qu'il s'agit d'un acte de bonne administration (22) : il n'est alors tenu au jour de la liquidation que de la valeur des biens vendus. Une telle solution, outre qu'elle apparaît en contradiction formelle avec le texte de l'article 242, est évidemment dangereuse pour la femme, car il est souvent très difficile de déterminer où finit la bonne administration et où commence l'imprudence ou la mauvaise foi.

La jurisprudence se montre enfin très sévère au cas où le mari détourne frauduleusement les objets inventoriés, et lui applique les peines prévues par les articles 400 et 406, du Code pénal, au détournement d'objets saisis ou placés sous main de justice, sans lui permettre d'invoquer le bénéfice de l'article 380 du même Code qui accorde l'immunité en cas de soustraction opérée par un mari au préjudice de sa femme, ou inversement (23).

Autres mesures. — L'apposition des scellés est une mesure qui ne s'applique qu'aux meubles. Avec notre régime hypothécaire actuel, aucune mesure ne peut être prise par la femme, qui soit susceptible d'ôter au mari le pouvoir d'aliéner les immeubles communs, tout en lui laissant celui de les

(21) LECLERCQ, *op. cit.*, 100.

(22) V. *Supra*, p. 19.

(23) Cass. crim. 13 août 1869, D. 1870 1 92 ; Trib. corr. Cambrai, 28 octobre 1925, précité ; Paris, 23 janvier 1935, *Gaz. Pal.*, 1935 1 607 ; LECLERCQ, *op. cit.*, 101.

administrer. A cet égard, la situation est un peu différente en Alsace-Lorraine, où l'on prévoit sur le livre foncier « une prénotation » en vue d'assurer la sauvegarde d'un droit éventuel (article 39 de la loi du 1^{er} juin 1924). Et la question s'est posée de savoir si la femme était en droit de faire défense à son mari de disposer des immeubles communs se trouvant en Alsace-Lorraine et de faire faire une prénotation au livre foncier, en garantie de ses droits éventuels dans la communauté. La Cour de Colmar a résolu affirmativement cette question (24).

La situation de la femme se trouve ainsi bien meilleure : elle est sûre d'être garantie par son droit de propriété et n'est pas exposée à devoir se contenter d'un droit d'hypothèque. En second lieu, la femme ne se trouve plus réduite, au cas d'aliénation frauduleuse par le mari, à devoir rapporter la preuve de la fraude, toujours difficile à faire.

Cette solution particulière est intéressante à relever, non seulement parce qu'elle peut rendre de grands services pour les immeubles situés dans les départements du Haut-Rhin et du Bas-Rhin et de la Moselle, mais aussi parce qu'elle touche à une de ces solutions de droit local qu'il serait particulièrement avantageux d'étendre à l'ensemble du territoire. Au surplus, l'on fait remarquer à cet égard (25) qu'un régime analogue avait été prévu lors des travaux préparatoires du Code civil au profit de la femme en instance de divorce qui, pour être en droit de se prévaloir de la nullité de l'aliénation consentie par le mari sans son consentement ou l'autorisation de la justice, devait former au bureau des hypothèques de la

(24) Colmar (Chambre détachée à Metz), 21 janvier 1930, D. 1930 2 182, note NAST.

(25) LECLERCQ, *op. cit.*, 105.

situation de l'immeuble « une inscription conservatoire de ses « droits dans la communauté » (26).

*
**

Il est impossible de prétendre donner une liste, même approximative, des mesures conservatoires qui peuvent être ordonnées en application de l'article 242 : leur efficacité dépend de l'ingéniosité de la femme et de ses conseils. C'est ainsi notamment que toutes mesures peuvent être prises en vue d'établir de façon précise l'actif de la communauté au début de l'instance, notamment par la nomination d'un expert comptable, chargé de vérifier la comptabilité exacte du fonds de commerce commun, géré par le mari. (27).

MESURES PRIVANT LE MARI DE SON DROIT D'ADMINISTRATION.
La femme peut prétendre à une garantie plus efficace encore de ses droits, en faisant enlever à son mari tous ses droits, même d'administration, sur les biens communs. La doctrine et la jurisprudence demeurent fort divisées sur ce point. La tendance actuelle semble être de prévenir, chaque fois que cela est possible, les abus que le mari pourrait commettre dans son administration, en lui enlevant les pouvoirs de disposition que lui confère l'article 1421 du Code civil, soit en confiant l'administration des biens de communauté ou des biens propres de la femme à un autre, soit en limitant ses pouvoirs à ceux d'un administrateur. Quoi qu'il en soit, les décisions du tribunal qui privent le mari de ses droits ou tout au moins les restreignent d'une façon parfois considérable, affirment le principe du maintien des droits du mari en général, préci-

(26) FENET, *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*, IX, p. 442.

(27) Douai, 29 décembre 1920, *Rec. Douai*, 1921, 60.

sant qu'on ne saurait le dépouiller de tous ses pouvoirs sur la communauté, et que l'atteinte qui y est portée n'est que partielle, limitée à tel ou tel bien, ou à telle ou telle catégorie de biens. Ces décisions se justifiant par leur but utilitaire de sauvegarde des créances éventuelles de la femme, et par là même soulevant plutôt des questions de fait différentes presque dans chaque cas, plutôt que des questions de droit qui ne sont pas en jeu.

Le procédé pour diminuer ainsi les pouvoirs du mari varie suivant la nature des biens dont s'agit. Pour les créances, la femme recourra à la procédure de saisie-arrêt. Au contraire, pour les autres biens, il y aura lieu à la nomination d'un séquestre. Il existe, au surplus, entre les deux procédés une autre différence : alors que la saisie-arrêt n'aboutit jamais, nous le verrons à la remise des fonds à la femme avant la liquidation, la nomination d'un séquestre peut amener la femme à avoir entre les mains les biens qu'elle voulait voir retirer au mari, puisque la femme peut, ainsi que nous pourrions nous en rendre compte, être nommée séquestre

SAISIE-ARRÊT. — Cette saisie-arrêt a tout d'abord un caractère exclusivement conservatoire : elle n'aboutit jamais à la libération du tiers saisi entre les mains de la femme. S'il veut se libérer, ou si la femme craint son insolvabilité, il y a lieu au dépôt de la somme due à la Caisse des Dépôts et Consignations (28). Cette solution est tout à fait logique : les droits de la femme sont suffisamment protégés par le fait que les deniers ne sont pas remis au mari, et il est inutile qu'elle se fasse attribuer les sommes saisies-arrêtées, avant de savoir quel

(28) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, n° 618.

sera le montant de sa créance contre son mari après liquidation de ses reprises et de la communauté.

Le droit de la femme susceptible de servir de fondement à une saisie-arrêt est compris de manière très large par la jurisprudence : les tribunaux autorisent la femme créancière, non seulement à raison de ses reprises, mais aussi pour la garantie du paiement de la « part éventuelle qui peut lui revenir dans les acquêts de la communauté » (29). L'on fait remarquer à cet égard que la femme n'est pas créancière de sa part de communauté, mais co-propriétaire, de sorte que la mesure ordonnée est moins une véritable saisie-arrêt, qu'une simple défense à un tiers de se dessaisir entre les mains du mari d'un effet de communauté (30). Et la doctrine est à peu près unanime à admettre le droit de saisie-arrêt de la femme, sans se laisser impressionner par les arguments que l'on a fait valoir à l'encontre de l'admission de cette mesure, qui apporterait de sérieux obstacles aux pouvoirs du mari, chef de la communauté (31). Et il semble généralement admis que cette saisie-arrêt peut être pratiquée malgré le caractère indéterminé ou simplement éventuel du droit de la femme (32).

Bien entendu, conformément au droit commun, la femme doit avoir intérêt à la saisie-arrêt : c'est au tribunal, dont l'autorisation est d'ailleurs indispensable, à apprécier l'existence de cet intérêt (33).

Cette mesure est une des plus utiles pour la femme qu'elle met à l'abri des fraudes du mari qui pourrait être tenté de

(29) Cass. req., 31 mai 1927, *Gaz. Pal.* 1927 2 414.

(30) LECLERCQ, *op. cit.*, 107.

(31) AUBRY et RAU, VII, 5, par. 478, p. 330.

(32) LENOIR, *op. cit.*, 97.

(33) Boulogne-sur-Mer, 3 avril 1925, *Gaz. Pal.* 4 mai 1925, PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 618.

recouvrer certaines créances, ou d'encaisser certaines sommes revenant à la communauté, et de les dilapider ensuite, ou même de ne pas les faire figurer à l'actif de la communauté, lors de la liquidation, ce qui lui est facilité par le fait que bien souvent la femme en ignore l'existence, peu tenue qu'elle est en général, au courant des affaires de son époux.

Le montant de la saisie-arrêt que la femme peut être autorisée à exercer par le tribunal est évalué assez largement pour qu'elle soit garantie non seulement de sa créance éventuelle résultant de ses reprises et de sa part dans la communauté, mais aussi de celle que fait naître à son profit le bénéfice d'une pension alimentaire fondée sur l'article 212 du Code civil, allouée au cours de l'instance (34).

* *

Une dernière question s'est posée au sujet des procédures mises à la disposition de la femme pour assurer la conservation de biens communs, en matière de fonds de commerce. L'on s'est demandé si la femme en instance de divorce a la faculté de pratiquer une opposition, conforme aux dispositions de la loi du 17 mars 1909, sur le prix de vente du fonds de commerce commun aliéné pendant l'instance par le mari, et d'utiliser la surenchère du sixième, établie par l'article 5 de la même loi. La jurisprudence se prononce pour la négative le plus souvent (35). Tout d'abord, en effet, la femme n'est pas une créancière au sens de la loi de 1909, puisqu'elle est co-propriétaire du fonds commun. Au surplus, si la femme

(34) Cass. req. 31 mai 1927, *Gaz. Pal.* 1927 2 414.

(35) Cass. req. 16 novembre 1921, *D.* 1923 1 166; *S.* 1925 1 217, rapport TISSIER et n. BOURCART; Seine, 28 avril 1921, *D.* 1923 2 185 et note LALOU.

était déclarée adjudicataire, ses droits ne se trouveraient pas pour autant sauvegardés : le fonds resterait commun, et partant, à la disposition du mari.

SÉQUESTRE. — Cette mesure consiste pour le tribunal, à confier, pendant la durée de l'instance, certains biens communs, soit à un tiers, soit à la femme elle-même. Elle est susceptible de donner toute satisfaction à cette dernière, mais elle a fait naître de nombreuses controverses, précisément à cause du trouble profond qu'elle apporte dans la gestion des biens communs. C'est une mesure très grave parce qu'elle réduit considérablement les pouvoirs du mari sur les biens qu'il a en sa possession, à la différence de la saisie-arrêt, qui, nous l'avons vu, si elle limite l'exercice du droit de disposition de l'époux sur des éléments de la communauté qui sont entre les mains de tiers, ne touche pas ceux dont le mari dispose effectivement.

Le principe, que le mari conserve tous les pouvoirs que lui a donnés le Code civil dans son article 1421, subsiste pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps. Il est d'autant plus difficile d'y déroger, que les raisons qui ont poussé la femme à introduire l'instance ne sont pas d'ordre pécuniaire, ou tout au moins ne le sont que subsidiairement, car autrement elle eût demandé la séparation des biens devant le tribunal. L'épouse a pourtant tout à craindre du ressentiment de son conjoint, et il lui est bien difficile de se défendre en invoquant le caractère frauduleux des actes commis, pendant l'instance, à son préjudice.

Du moment que le tribunal estime que le mari doit être déchu de certains de ses droits : droit de garde des enfants, droit d'obliger sa femme à habiter avec lui, il n'y a pas de raison que d'autres de ses droits ne puissent être limités pour la

sauvegarde du patrimoine de son épouse, d'autant qu'il ne s'agit pas de supprimer, mais de restreindre la toute-puissance maritale. Il y a lieu, dans chaque cas, d'examiner si le mari est bon au mauvais administrateur, et s'il risque de laisser périliter les intérêts du ménage.

La question qui se pose en premier lieu est de savoir s'il est possible de nommer un séquestre de l'ensemble des biens communs et de retirer au mari les pouvoirs qui lui sont donnés par les articles 1421 et 1422 du Code civil. La Cour de cassation s'est prononcée nettement contre la validité d'une telle mesure (36), posant le principe que, quelle que soit l'étendue des pouvoirs des juges en ce qui concerne les mesures conservatoires à prendre pour la sauvegarde des intérêts de la femme pendant l'instance, ils ne pouvaient aller jusqu'à dépouiller complètement le mari de ses pouvoirs pour en investir un tiers qui serait ainsi constitué gérant et administrateur de la communauté légale, à l'exclusion du mari.

Exception faite du dépouillement total du mari, la jurisprudence admet la validité d'un séquestre sur tel ou tel bien de communauté. L'on a objecté à l'origine qu'une telle nomination devait être écartée en matière d'instance en séparation de corps ou en divorce, puisque l'article 1961 qui énumère les cas où la justice peut ordonner un séquestre, ne prévoit pas cette hypothèse. A l'heure actuelle, cette objection n'est plus prise en considération, à raison de l'absence de caractère limitatif du second paragraphe de l'article 1961 (37). Et même si l'on considérait ce paragraphe comme limitatif ainsi que certains auteurs (37*) le prétendent, ou même comme ne s'appli-

(36) Cass. req., 26 mars 1889, D. 1889 1 444; S. 1890 1 629.

(37) Cass. civ., 10 juillet 1876, S. 1876 1 405; Paris, 29 juillet 1919, D. 1920 2 75.

(37)* TROP LONG, n° 294.

quant pas à notre matière, puisqu'il n'y a pas de litige sur la possession des biens, il n'en reste pas moins que l'application de l'article 1961 peut se justifier, dans le cas qui nous occupe.

Un arrêt de la Cour de Nancy (38) a légitimé le droit de la femme à faire nommer un séquestre en disant qu'on ne pouvait refuser aux juges de nommer un séquestre au cours d'une instance, en ce qui concerne des biens, qui ayant une destination ultérieure inconnue, subordonnée à l'issue du procès; la conservation de ces biens est nécessaire pour permettre aux parties d'exercer utilement leurs droits. Et ce, quoique ni la propriété, ni la possession des biens, ne soient contestées en elles-mêmes. De plus, l'on peut considérer que la liberté de décision laissée au juge par l'article 242 *in fine* est une extension implicite de l'article 1961.

Et la jurisprudence a eu maintes fois l'occasion de nommer un séquestre pour certains biens communs, lorsque les circonstances le commandaient, notamment si le mari s'en désintéresse, faisant preuve d'incapacité et d'impéritie (39). Il en est de même au cas où cette mesure est destinée à assurer à la femme le versement de sa pension alimentaire, ou de la provision *ad litem* qui lui a été allouée (40) ou s'il s'agit de biens réservés que le mari a fait soustraire à la gestion de sa femme (41). Il est à noter que, dans presque toutes leurs décisions, les tribunaux prennent soin d'indiquer qu'en principe l'administration de la communauté ne peut être ôtée au mari et qu'elle ne l'est dans l'es-

(38) Nancy, 26 février 1876, S. 1876 1 405.

(39) Paris, 24 décembre 1919, D. 1920 1 74; *Rev. trim.* 1920. 334; *Cas. req.*, 2 8 juin 1911, D. 1914 1 56; S. 1911 1 32.

(40) Poitiers, 25 février 1878, D. 1879 2 68; Paris, 29 juillet 1919, D. 1920 2 75.

(41) Paris 8 juin 1929 *Gaz. Pal.* 21 septembre 1923.

pèce qu'à titre exceptionnel. L'évolution de la jurisprudence tend à interpréter largement l'article 242, chaque fois tout au moins que des détournements pourront être à craindre. Il l'accorde lorsque c'est une certaine catégorie de biens, par exemple des valeurs mobilières, qui est entièrement confiée à un séquestre et que la communauté se compose presque uniquement de ces biens. Les juges arrivent alors pratiquement à priver le mari de ses pouvoirs d'administrateur. Il n'est pas impossible de prévoir qu'un jour les exceptions annuleront la règle et que la loi sanctionnera l'évolution jurisprudentielle, permettant aux juges de restreindre au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps les pouvoirs du mari en matière d'administration de la communauté. Les circonstances exceptionnelles qui bouleversent la vie conjugale des époux, et les modifications apportées au régime matrimonial et aux rapports pécuniaires des conjoints semblent commander une telle transformation.

Il est enfin une série d'hypothèses particulièrement intéressantes, parce que la femme elle-même a été nommée séquestre, soit à raison de la nature particulière du bien (42), soit parce qu'il s'agissait d'une entreprise qu'elle avait gérée seule pendant fort longtemps, le mari n'ayant été admis à une gestion commune que peu de temps avant l'introduction de l'instance (43).

Certains auteurs ont critiqué la nomination de la femme

(42) Cass. req. 2 mars 1920, D. 1921 I 71, s'agissant d'un fonds de commerce commun de parfumerie, S. 1921 I 166.

(43) Cass. req. 11 février 1929, D. 1930 I 34, pour un bureau de placement qui avait été géré durant 34 ans par la femme; Poitiers, 15 avril 1924, D.H. 1924 403.

comme séquestre des biens communs (44), exprimant la crainte que la femme ne soit pas capable de remplir correctement les obligations résultant de cette charge et surtout de peur de la voir s'ingérer dans l'administration de tous les biens communs en invoquant l'intérêt qu'elle a forcément dans le litige.

Il nous apparaît que l'intervention du tribunal en la matière est de nature à donner toute satisfaction, car ce n'est qu'avec beaucoup de prudence que le juge nomme la femme séquestre, après s'être entouré de toutes garanties quant à ses capacités d'administrateur, et surtout en réservant toujours le droit de contrôle du mari.

b) *Mesures conservatoires concernant les biens personnels de la femme.*

En présence de la rédaction actuelle de l'article 242 du Code civil, il ne saurait y avoir le moindre doute quant au droit de la femme de demander les mêmes mesures conservatoires relativement à ses biens personnels qui se trouvent entre les mains de son mari, car l'alinéa 2 consacre expressément cette extension, en spécifiant que ce droit appartient à la femme même non commune.

Il n'y a guère que sous le régime de la séparation de biens que le mari n'a pas l'administration des biens personnels de la femme ; il en est en tout cas chargé par les règles mêmes du régime, lorsque les époux sont mariés sans contrat ou sous un régime de communauté réduite aux acquêts, ou bien si les époux ont adopté le régime dotal, tout au moins en ce qui concerne les biens dotaux.

Une réserve doit être faite cependant pour le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts, où le contrat de

(44) LENOIR, *op. cit.*, p. 79.

mariage peut prévoir que la future épouse conservera le droit de gérer elle-même tout ou partie de ses propres, ou toucher tous les ans sur les revenus de ces biens une somme destinée à ses besoins personnels. Cette clause n'est pas remarquons-le en passant, une dérogation à l'article 1388 du Code civil, puisqu'elle ne déroge pas aux droits du mari comme chef de la communauté.

Dès lors que l'administration des biens propres de la femme apparaît de nature à mettre ses droits en péril, elle pourra demander à la justice de prendre les mêmes mesures conservatoires que nous avons examinées en étudiant les restrictions apportées aux droits du mari sur les biens communs. A la vérité, si les mesures sont les mêmes, il n'est pas douteux que l'on éprouve ici beaucoup moins de scrupules sur l'opportunité de la nomination d'un séquestre et en particulier de la désignation de la femme pour remplir ces fonctions. Le problème du respect dû aux droits du mari chef de la communauté ne se pose plus ici ; mais il s'agit simplement d'enlever à un administrateur les droits lui appartenant sur les biens d'autrui parce qu'il apparaît qu'une telle solution est préférable pour la bonne gestion des biens de l'administré (45). Cependant, comme les revenus des biens propres de la femme commune tombent en communauté, il peut y avoir lieu, ici aussi, de sauvegarder les droits du mari et de lui conserver un droit de surveillance sur la gestion des propres de la femme (46) .

En ce qui concerne les biens dotaux, l'admission des mesures conservatoires n'a pas donné lieu à beaucoup de jurisprudence, sauf en ce qui concerne la nomination d'un séques-

(45) Montpellier, 31 janvier 1895, D. 1895 2 356; Paris, 31 juillet 1917, *Gaz. Pal.* 1916 17. 794.

(46) Lyon, 2 janvier 1920, *Journal du Notariat*, 1921, n° 32.736.

tre. Après bien des hésitations, la Cour de Cassation a reconnu que, bien qu'en principe le mari de la femme dotale ne puisse se voir enlever au cours du mariage, l'administration des biens dotaux, le juge a cependant le pouvoir de nommer un séquestre aux immeubles dotaux, à raison de la méconnaissance par le mari de ses devoirs, de son impéritie, de sa négligence ou de sa malveillance (47).

Rien ne s'oppose en principe, croyons-nous, à ce que la femme dotale requière le bénéfice d'autres mesures conservatoires, telles que la constitution d'un gardien judiciaire des meubles dotaux, ou l'attribution à elle-même de l'administration d'un bien dotal, ou enfin qu'elle fasse saisie-arrêt sur une créance dotale (48).

c) *Mesures conservatoires sur les biens personnels du mari.*

Il ne semble pas qu'en principe, la femme ait fréquemment fait usage de la possibilité d'empêcher le mari de disposer de ses propres biens, en vue de garantir les créances éventuelles qu'elle pourra avoir à son encontre. En principe, rien ne s'oppose à ce qu'elle puisse par ce moyen, protéger ses droits dans la communauté, ou assurer la reprise de ses propres ou le paiement de la pension alimentaire. C'est ainsi que la mise sous séquestre de titres personnels au mari a été ordonnée pour garantir les droits de la femme (49).

B. — MESURES CONSERVATOIRES REQUISES PAR LE MARI.

Il ne semble pas que le problème ait pu se poser avant que la loi du 13 juillet 1907 ne soit venu donner à la femme

(47) Cass. req. 10 novembre 1930, S. 1933 1 81 et note GÉNY.

(48) LECLERCQ, *op. cit.*, 121.

(49) Caen, 2 février 1925, *Rec. Caen*, 1926, 193.

qui exerce une profession distincte de très larges pouvoirs d'administration sur ses biens réservés. Mais dès lors que la femme peut avoir sur cette catégorie de biens des pouvoirs étendus, il est logique d'envisager que le mari se défende contre les abus de pouvoirs que la femme pourrait commettre, pendant le cours de l'instance en divorce ou en séparation de corps et par là même de donner au mari des possibilités de recourir aux mesures conservatoires prévues par l'article 242 au profit de « l'un ou l'autre des époux », qui par l'efficacité de leur caractère préventif, la rapidité de leur procédure, ont l'avantage d'être beaucoup plus utiles que celles que prévoyait la loi sur les biens réservés de la femme exerçant une profession séparée.

A la vérité, la loi de 1907 permettait au mari de se protéger contre de tels abus par la procédure du retrait de ses pouvoirs à la femme, conformément à l'article 2, et l'on en concluait que, dans ces conditions, le mari n'avait pas besoin d'user de mesures conservatoires identiques à celles existant au profit de la femme. Mais cette mesure constituait avant tout une sanction. Et son effet n'existant que pour l'avenir, il est bien évident que son utilité dans notre hypothèse se trouvait fort diminuée. De plus, il semble peu équitable au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps de retirer à la femme l'administration de ses biens réservés à raison du soupçon de malveillance et de dilapidation qui peut peser sur elle, pour la confier au mari contre qui l'épouse peut avoir la même prévention.

L'article 216 nouveau du Code civil, s'il a maintenu, en n'abrogeant pas l'article 4 du Code de Commerce, l'autorisation préalable du mari pour l'exercice d'une profession commerciale par la femme, a permis à celle-ci d'avoir une profession libérale, en principe, sauf opposition du mari. Le Tri-

bunal peut statuer en Chambre du Conseil sur la validité soit du veto de l'époux à la continuation d'une profession séparée déjà existante, soit à son interdiction à l'entreprise d'une telle profession. Pour cela les juges apprécieront s'il y a abus de droit du mari, dont la décision serait motivée par un intérêt autre que celui du ménage. Ce pouvoir, le mari ne l'a d'ailleurs que s'il n'est pas déchu de sa qualité de chef de famille, conformément au nouvel article 213, c'est-à-dire s'il n'est pas absent, interdit, condamné à une peine criminelle, ou séparé de corps.

La distinction entre les professions commerciales et non commerciales a été établie parce que l'autorisation, même tacite du mari est toujours nécessaire à l'épouse commerçante (mariée le plus souvent sous le régime de la communauté légale), pour que cette dernière puisse trouver du crédit en engageant les biens de la communauté et de son conjoint, grâce à cette autorisation maritale (50). Ensuite c'est qu'outre l'abrogation des articles 4 et 5 du Code de commerce de nombreuses modifications du Code civil eussent été nécessaires, en cas de suppression de l'autorisation maritale pour les professions commerciales, mesures qui ne sont compatibles qu'avec une refonte complète du régime matrimonial et du contrat de mariage.

Mais le veto du mari ne rétroagit pas, et les actes antérieurs demeurent définitivement valables dans le cas où l'opposition, interdisant à la femme de continuer une profession qu'elle exerçait auparavant, a été reconnue fondée par la Chambre du Conseil.

(50) D.H. 24 mars 1938, chr. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *La loi du 18 février 1938, sur la capacité de la femme mariée*.

Le nouveau texte dit qu'en ce cas les engagements professionnels contractés par elle ensuite, envers les tiers sont nuls ; les co-contractants de la femme, peuvent se trouver dans une situation très dangereuse. En effet le projet de loi prévoyait la transcription du jugement et une publicité identique à celle de l'article 501 en matière d'interdiction ; mais rien n'en a subsisté dans le texte définitif. Rien ne précise non plus la date à partir de laquelle les engagements professionnels de la femme seront frappés de nullité. Par exemple, en cas de billets de fonds, effets de commerce, le paiement pourra-t-il être demandé à la femme, si l'opposition est intervenue entre la création ou le paiement, ou bien l'opposition aura-t-elle un effet rétroactif qui anéantira l'obligation ?

Les tiers ne seront pas non plus admis à apprécier la validité du veto du mari, et n'auront pas connaissance de son acceptation par la femme.

De plus pour que l'opposition du mari soit opérante, il faudra qu'elle soit réalisée de telle façon que les tiers soient en faute et qu'ils aient contracté avec la femme au mépris de cette opposition, dont aucun texte ne précise les conditions. Il semble difficile d'admettre que les tiers ayant traité de bonne fois avec la femme, surtout si elle exerçait déjà une profession, subissent un préjudice du fait de leur ignorance du veto du mari. Et ceci est particulièrement grave, car bien que M. René Renoult, dans son exposé au Sénat à la séance du 19 mars 1937 (51), ait précisé « Bien entendu, il ne peut s'agir ici que d'une opposition, à une profession nouvellement prise par la femme mariée », rien dans la loi ne figure à ce sujet.

Il paraît donc qu'une nouvelle intervention législative soit nécessaire pour éviter les nombreuses difficultés entrevues.

(51) *Journal officiel* 20 mars 1937, p. 348.

Dès avant 1938 d'ailleurs, les tribunaux avaient eu l'occasion d'ordonner à l'encontre des biens réservés de la femme les mêmes mesures conservatoires qu'ils admettent à l'encontre du mari sur les biens communs (52). Ils ont décidé, très logiquement, que la femme, bien qu'ayant la disposition de ses biens réservés, ne peut prétendre sur ces biens, qui sont communs, à un droit plus absolu que celui que possède le mari sur les biens ordinaires de la communauté, de sorte qu'en cas d'instance en divorce ou en séparation de corps, les biens réservés peuvent être l'objet, à la demande du mari, des mêmes mesures conservatoires, et notamment du séquestre, qu'il appartient à la femme de requérir sur les biens communs ordinaires.

Le principe est le même en ce qui concerne les biens personnels de la femme au cas où elle en a la libre disposition : rien ne s'oppose à ce que le mari puisse également demander leur mise sous séquestre. Mais c'est là une hypothèse qui, en l'état actuel des régimes matrimoniaux tout au moins, n'est pas de nature à se présenter fréquemment.

Le Code civil, dans son nouvel article 214, impose des nouveaux devoirs à la femme en contre-partie des droits qu'il lui accorde ; elle doit, est-il dit dans ce texte « contribuer proportionnellement à ses facultés et à celles de son mari, tant « aux frais du ménage, qu'à ceux de l'éducation des enfants « communs... » ; et il ajoute : « Faute par l'un des époux de « remplir son obligation, l'autre époux pourra obtenir du juge « de paix l'autorisation de saisir-arrêter, et de toucher des « laires du produit du travail ou des revenus de son conjoint, « une part proportionnelle à ses besoins ».

(52) Paris, 8 juin 1923, *Gaz. Pal.*, 1923 1 360 ; Trib. civ. Bayeux, 30 juin 1932 2 13, n. J. Ch. LAURENT.

Nous trouvons là une application nouvelle du principe de l'égalité de protection entre les conjoints, conformément d'ailleurs à l'article 242 (53).

La femme doit contribuer aux charges du ménage sur les biens dont elle a l'administration, dit le second alinéa de l'article 214; or, comme les régimes matrimoniaux n'ont pas été modifiés, la femme n'est tenue à cette participation, que si elle est mariée sous le régime de la séparation de biens, ou sous le régime dotal, sur ses biens paraphernaux, ou sur ses biens réservés, si elle a une profession séparée. Les rédacteurs de la loi de 1938 n'ont pas précisé que la femme est également tenue sur son salaire ou le produit de son travail, mais cette solution découle de ce que la saisie-arrêt qui sanctionne cette obligation, est permise sur les salaires, produits du travail et revenus du conjoint défaillant.

*
* *

Les mesures conservatoires que l'un et l'autre des époux peut requérir pendant l'instance sont de nature, le plus souvent, à sauvegarder leurs droits. Mais il n'en reste pas moins que l'état de fait hybride provenant de ce que le régime matrimonial subsiste provisoirement entre les époux pendant l'instance et qu'à l'égard des tiers il n'est réputé liquidé qu'une fois la transcription effectuée, est susceptible d'entraîner des inconvénients pour l'un ou pour l'autre. Il nous reste à rechercher si l'on ne peut concevoir la protection des droits des époux précisément en apportant des limites à la survivance du régime matrimonial pendant l'instance.

(53) *Supra* p. 60.

CHAPITRE III

LIMITES AU PRINCIPE QUE LE RÉGIME MATRIMONIAL SUBSISTE PROVISOIREMENT PENDANT L'INSTANCE

Le danger pour les époux pendant l'instance tenant précisément au fait que le régime matrimonial subsiste au cours de cette période, et qu'à l'égard des tiers particulièrement, la rétroactivité ne vienne pas corriger certains des inconvénients de cette situation, il n'est pas surprenant que l'on ait cherché à parer aux inconvénients de cette rétroactivité, en essayant de restreindre la portée d'application du régime matrimonial.

Les mesures conservatoires prévues pour la protection des droits de l'un et l'autre des conjoints, n'ont en effet le plus souvent, comme nous l'avons vu, qu'un champ d'application restreint. Elles ne concernent que tel bien ou telle catégorie de biens, selon que le juge les a autorisées. L'époux qui les a obtenues peut, du fait même de l'ignorance où il est de la consistance des biens que l'autre détient, omettre de sauvegarder ses droits sur certains d'entre eux. Des mesures d'un effet plus général s'imposent donc, qui à une restriction fragmentaire et précise des droits des conjoints, ajoutent une limitation étendue à tous leurs biens.

De plus, on peut concevoir que les époux allant encore plus loin, songent à faire disparaître le régime lui-même au cours de l'instance, en procédant à sa liquidation anticipée.

A. — RESTRICTION DES POUVOIRS DES ÉPOUX.

Il ne s'agit plus ici, comme pour ce qui touche les mesures provisoires et conservatoires que nous venons d'examiner,

de prendre des dispositions relativement à tel bien déterminé, mais d'étudier s'il est possible à l'un des époux, de se soustraire aux conséquences du régime matrimonial pour la durée de l'instance. Nous verrons tout d'abord qu'une disposition légale annule les obligations contractées par le mari commun et les aliénations frauduleuses faites par lui. En second lieu, nous rechercherons dans quelle mesure la cessation même de la vie en commun n'entraîne pas, par la force des choses, des modifications aux règles normales du régime et, notamment si le mandat tacite de la femme mariée subsiste pendant l'instance.

a) *Annulation des actes frauduleux du mari.*

Dès lors que la femme peut se plaindre du chef d'actes frauduleux accomplis par le mari sur les biens communs, le droit commun lui offre tout d'abord les ressources de l'action paulienne. En second lieu, une jurisprudence constante aboutit à l'annulation des actes frauduleux du mari dans l'administration des biens de la communauté. Et cette action a une portée d'application beaucoup plus large que l'action paulienne (54). En dehors de toute disposition spéciale, la femme se trouverait donc ainsi protégée par l'application des principes généraux.

Mais l'action paulienne que l'article 1167 du Code civil accorde au créancier pour attaquer les actes de leurs débiteurs de mauvaise foi procure à la femme une protection moins efficace. Si l'on a tenté, en effet, d'assimiler l'action prévue par l'article 243 à la première, comme en étant un des cas particuliers, il n'en subsiste pas moins des différences essentielles :

(54) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, VIII, n° 545 ; VÉRON, *Les actes accomplis par le mari sur la communauté en fraude des droits de la femme*, Thèse Paris, 1924.

la femme n'a pas besoin d'être créancière de son mari pour faire jouer l'article 243 et par là-même se trouve dispensé de prouver l'insolvabilité de son conjoint. En outre cet article indique la sanction prévue, qui est l'annulation, alors que l'article 1167 reste muet sur ce point (55).

L'article 243 du Code civil a établi une protection spéciale, disposant que « toute obligation contractée par le mari « à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite « des immeubles qui en dépendent », sera « déclarée nulle, « s'il est prouvé qu'elle a été faite ou contractée en fraude des « droits de la femme ». Et la jurisprudence interprète généralement ce texte de façon très large et favorable à la femme.

Il suffit que la femme ait un droit éventuel pour que l'annulation de l'acte frauduleux soit possible, alors que pour bénéficier des interdictions prévues par l'article 1422, l'épouse doit avoir un droit existant, c'est-à-dire qu'elle ne peut exciper de ces interdictions qu'une fois le jugement prononcé et à condition d'accepter la communauté. Elle aura donc intérêt, même lorsque l'article 1422 pourrait jouer, à fonder sa demande sur l'article 243.

D'autre part, et bien que le texte ne prévoie que les obligations et aliénations effectuées « postérieurement à la date de « l'ordonnance de non-conciliation » dont il est fait mention en l'article 235, les décisions appliquent l'article 243 même aux opérations faites auparavant par le mari, à condition qu'il soit démontré que l'acte prétendu frauduleux ait été accompli en vue du divorce à intervenir et pour porter atteinte à des droits de la femme dont l'ouverture était déjà prévue à son profit (56).

(55) BÉQUIGNON, *op. cit.*, 98.

(56) Cass. civ. 23 janvier 1928, D 1928 I 86, rapport COLIN; *Rev. trim.* 1928, 409, S. 1928. I. 168.

En second lieu, le texte ne prévoit que les aliénations d'immeubles. Cette précision s'explique à raison du peu de valeur de la fortune mobilière au moment de la rédaction du Code civil. C'est pourquoi l'on ne tient pas compte de cette rédaction étroite de l'article 243, qu'on l'applique également aux aliénations de meubles (57).

L'article 243 ayant été créé pour protéger les droits de la femme, il est bien évident qu'elle seule pourra s'en prévaloir, et cela sans attendre, — comme elle doit le faire lorsqu'elle se prévaut de l'action de droit commun —, la dissolution de la communauté. Elle peut agir immédiatement, au cours de l'instance (58). Et, de ce que la femme n'est pas obligée, pour invoquer l'article 243, d'attendre la fin de la communauté, on conclut qu'elle peut le faire même au cas où l'instance en divorce se trouve éteinte par le désistement ou la réconciliation des époux (59).

En ce qui concerne la « fraude » du mari, nécessaire pour l'application de l'article 243, il convient de noter tout d'abord qu'elle n'est pas exigée lorsqu'il s'agit d'actes qui lui sont interdits par les règles générales en matière de communauté. Il en est ainsi de l'interdiction, résultant de l'article 1422, faite au mari de disposer à titre gratuit des immeubles communs et de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, sauf pour l'établissement des enfants communs : la fraude du mari résulte, semble-t-il, du seul fait qu'il accomplit un acte que la loi lui

(57) Aix, 10 mai 1906, S 1908 2 61 ; Paris, 3 avril 1909, S 1909 2 164. D 1910 2 237 ; AUBRY et RAU, VII, par. 480, n° 4, p. 337 ; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, IV, n° 225 LECLERCQ, *op. cit.*, 145.

(58) Paris, 5 novembre 1920, D 1921.2.70 S. 1922.2.10 ; 30 octobre 1924, *Gaz. Pal.* 1924 1 672.

(59) Tribunal mixte Le Caire, 19 mars 1935, S 1935 4 10 ; LECLERCQ, *op. et loc. cit.* 146.

défend. Dans tous les autres cas, la femme doit faire la preuve de la faute du mari, c'est-à-dire prouver non seulement le préjudice qu'elle a subi, mais encore le fait que le mari a eu l'intention, en agissant comme il l'a fait, de porter atteinte à son droit de partage de la communauté.

Il est à noter que l'on se montre en général très indulgent pour ce qui touche la preuve de cette fraude qui, non seulement peut être faite par tous moyens, sauf cependant par commune renommée (60), mais qui est déduite souvent des circonstances dans lesquelles l'aliénation critiquée a été faite. Il en est ainsi notamment s'il s'agit d'une vente à vil prix (61), ou conclue précipitamment par le mari (62). La jurisprudence tient également compte de la qualité du contractant et admet, par exemple, l'application de l'article 243 dès lors que le bien a été vendu par le mari à sa maîtresse (63).

L'action de l'article 243 étant une application de l'action du droit commun, la femme doit, lorsqu'il s'agit d'un acte à titre onéreux, rapporter la preuve de la fraude du tiers acquéreur pour obtenir l'annulation. Mais là encore, la jurisprudence fait montre de l'esprit le plus large et admet facilement l'existence de cette fraude, y concluant généralement lorsque le tiers a eu connaissance, au moment de l'acte incriminé, de l'existence de la procédure de divorce ou de séparation de corps entre les époux (64).

A l'inverse, si la femme ne rapporte pas la preuve que les opérations frauduleuses du mari lui causent préjudice, elle

(60) LECLERCQ, *op. cit.*, 147.

(61) Paris, 5 novembre 1920 D 1921 2 70, précité; S. 1922 2 10.

(62) Paris, 19 juillet 1928, *Gaz. Pal.* 1928 2 361.

(63) Paris, 30 octobre 1924, *Gaz. Pal.* 1924 2 672.

(64) Lyon, 5 mars 1925, *Revue du Notariat*, 1925, n° 20.664; Marseille, 15 mars 1928, *Gaz. Pal.* 1928 2 162.

doit être déboutée de sa demande (65). Donner une solution différente reviendrait alors à dépouiller le mari automatiquement de ses pouvoirs sur la communauté. C'est en ce sens que certains auteurs interprètent l'article 243 (66), et de l'application large accordée par la jurisprudence en cette matière, concluent à une présomption de fraude résultant du seul caractère anormal, ou illicite, de l'acte commis par le mari. Mais il nous apparaît préférable de considérer que ce texte a organisé une sorte de « période suspecte » à l'encontre du mari, pour la durée de l'instance (67), pendant laquelle la preuve de la fraude du chef de la communauté est beaucoup plus facilement admise que durant le reste du mariage.

Quant à ses effets, l'article 243 se rapproche très sensiblement de l'action de droit commun : l'annulation de l'acte critiqué a pour effet de faire rentrer le bien dans la communauté, l'obligation frauduleusement contractée par le mari étant réputée inexistante. D'autre part, les effets de l'action, également identiques à ceux de l'action de droit commun, en matière de communauté, sont relatifs, en ce sens, en premier lieu, que l'acte frauduleux n'est annulé que dans la mesure où l'intérêt de la femme l'exige et encore à condition que le bien aliéné en fraude, ou l'obligation frauduleusement contractée, soient mis dans sa part de la communauté acceptée par elle ; en second lieu, que la nullité ne peut en aucun cas profiter au mari ou à ses héritiers (68).

(65) Cass. req. 18 novembre 1935, *Semaine Juridique*, 1936 89.

(66) VÉRON, *op. cit.* 234; BAUDOUIN, *Des actes frauduleux du mari dans la gestion de la communauté*, *Semaine Juridique*, 1933, p. 1053 et 1077. 1077.

(67) PERCEROU et DESSERTAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2^e éd. 1935, I n° 565, p. 751.

(68) LECLERCQ, 155 *op. cit.*

Lorsque l'action est recevable, la femme a le choix entre une indemnité en argent et la restitution du bien aliéné.

Nous ajouterons que si l'on ne peut établir la mauvaise foi des tiers, nécessaire à la preuve de la fraude, il reste à la femme la ressource de faire condamner son époux à des dommages-intérêts (68 *bis*).

Sans vouloir entrer dans le détail des discussions suscitées par la nature juridique de l'action de l'article 243, que l'on a cherché à présenter comme un aspect spécial de l'action paulienne, ou bien comme une protection des droits de la femme co-partageante (69), alors que, pendant l'instance, la femme ne peut être considérée comme co-partageante ou bien comme établissant une présomption de fraude contre les aliénations d'immeubles faites par le mari pendant la durée de l'instance (70), nous croyons pouvoir conclure que l'action de l'article 243 s'apparente très étroitement aux dispositions de l'article 242. Dans ce dernier article, le législateur a prévu des mesures conservatoires, à titre préventif; dans l'article 243, la protection des intérêts de la femme sur la communauté est assurée à titre de sanction (71).

Une dernière question se pose relativement à l'action de l'article 243 du Code civil c'est de savoir s'il n'y a pas lieu de l'appliquer, *mutatis mutandis*, au cas où la femme accomplit des actes frauduleux en ce qui concerne l'aliénation des biens réservés. Les dangers courus par chacun des époux sont en réalité identiques relativement à l'administration des biens communs pour la femme, et en ce qui touche les biens dont celle-ci a la gestion pour le mari. Très logiquement, l'on devrait accor-

(68 *bis*) Paris 25 novembre 1920. D.P. 1921 11 70.

(69) Note HUBERT sous *Cass. req.* 27 janvier 1930, S 1932. 1. 97.

(70) VÉRON, *op. cit.*, 223 et s.

(71) LECLERCQ, *op. cit.*, 161.

der contre la femme les garanties conservatoires que la loi édicte à son profit, lorsqu'il s'agit de biens communs administrés à son profit, lorsqu'il s'agit de biens communs administrés par elle. Il n'y a pas de bonne raison de principe pour ne pas protéger également le mari contre les actes frauduleux de la femme.

Nous avons vu (72) que le droit qu'a le mari de s'opposer à l'exercice d'une profession par sa femme, est actuellement assez mal défini, tout au moins dans son application. De plus cette garantie qui lui est donnée n'a pas d'effet antérieurement à son veto, de sorte que son interdiction, si elle est sanctionnée par une décision judiciaire, n'aura d'effet que dans l'avenir. Elle ne pourra donc réparer les dommages causés par des dispositions de la femme, faites en fraude de ses droits, avant l'intervention du mari. Ces dispositions étant parfois la cause déterminante de l'action du mari, il semble que le bénéfice de l'article 243 doive aussi profiter à l'époux en toute équité. Et cela d'autant plus que cette extension, au bénéfice du mari, ne ferait pas double emploi avec son droit d'opposition.

C'est là, à la vérité, un problème qui ne semble avoir préoccupé, ni le législateur ni les auteurs sauf quelques rares exceptions (73). Il est vrai que la question ne semble pas s'être présentée en jurisprudence. Dans ces conditions, il paraît impossible, en l'absence de texte, et étant donné la rédaction de l'article 243 d'étendre l'action au mari. Mais il est à souhaiter qu'une modification intervienne sur ce point afin de réaliser la symétrie absolue entre la situation du mari et celle de la femme à notre point de vue.

Par contre, il n'y a pas lieu de prévoir l'extension du ré-

(72) *Supra* p. 137.

(73) V. cependant note LAURENT sous trib. civ. Bayeux, 30 juin 1932, D 1933 2 13, et LECLERCQ, *op. cit.*, 164.

gime établi par l'article 243 en dehors des régimes de communauté. En effet sous les régimes qui ne comportent ni communauté, ni société d'acquêts, le danger prévu par notre texte ne saurait exister : par hypothèse, il n'y a pas de biens communs, et le mari, même s'il a l'administration des biens personnels de sa femme, ne possède sur ces biens que les pouvoirs d'un administrateur des biens d'autrui, responsable de sa gestion, dans les termes du droit commun, et n'en est pas « seigneur et maître ».

De son côté, la femme détient les revenus, salaires et produits de son travail à titre de biens personnels dont elle peut disposer librement, dans les limites des articles 1449 et 1538, et, sur ces biens le mari n'a que le droit de l'obliger à participer aux charges du ménage et à l'entretien des enfants (74).

b) *Modifications apportées par l'instance au fonctionnement du régime matrimonial.*

Nous ne reviendrons pas sur les modifications aux règles normales du régime qui peuvent résulter de ce que, pour assurer à la femme sa subsistance pendant l'instance, le tribunal lui a confié l'administration de ses propres (75), ou de l'existence de mesures conservatoires au profit de l'un ou de l'autre des époux (76).

Mais, pour le surplus, du fait que, à raison de la rétroactivité du jugement au jour de la demande au point de vue des biens, il résulte que l'époux administrateur est tenu de restituer les biens dans l'état où ils se trouvaient au jour de la demande, en nature ou tout au moins en valeur, ainsi que les fruits de ces biens, il n'y a pas à déduire un changement dans

(74) *Supra* p. 138.

(75) *Supra* p. 124.

(76) *Supra* p. 134.

les pouvoirs d'administration de cet époux (77). Au contraire, nous croyons pouvoir affirmer que les époux conservent, pendant la durée de l'instance, et sauf des mesures restrictives spéciales, les pouvoirs d'administration et de disposition qui leur appartiennent sur leurs biens, en application du régime matrimonial.

Cependant la rétroactivité du divorce ou de la séparation de corps fait perdre au mari les pouvoirs qu'il détient en vertu du régime matrimonial, sur les biens communs, aux termes des articles 1421 et 1422. Le jugement une fois prononcé, il doit en effet rendre des comptes comme un administrateur ordinaire. Tout acte qui n'a pas un caractère d'urgence ou de nécessité est inopposable à la femme, qui n'a pas à prouver la fraude, mais à invoquer la rétroactivité de la dissolution. Ce n'est qu'entre les conjoints que cette annulation est effective et peut donner lieu à des dommages-intérêts au profit de l'épouse (78). C'est donc là, en ce qui concerne les biens, une restriction au pouvoir du mari, à la vérité plus apparente que réelle puisqu'elle est postérieure à l'exercice de ce pouvoir.

La jurisprudence, en maintenant le mari dans ses fonctions d'administrateur, lorsqu'elle autorise la femme à prendre des mesures provisoires, conformément à l'article 242 (79) indique clairement qu'au cours de l'instance, il n'y a pas *ipso facto*, de changement dans les pouvoirs des époux, sur leur patrimoine respectif. Et notamment le mari conserve les pouvoirs d'administrateur de la communauté que la loi lui confère (80).

(77) LEGLERQ, *op. cit.* 90.

(78) PLANIOL et RIPERT, NAST IX. 682, p. 36.

(79) *Supra* p. 126.

(80) Cass. civ. 10 mai 1933 D.H. 1933, 361 ; 21 juin 1935 D.H. 1935-411 ; S. 1935. 3. 89 ; Cass. req. 2 mars 1920. D. 1921. 1. 71 ; S. 1921. 1. 166 ; Paris 15 juillet 1922 D. 1923. 2. 185, note LALOU ; Poitiers, 15 avril 1924, D. H. 1924, 403 ; Alençon, 24 janvier 1933 ; D.H. 1933, 247.

C'est seulement lorsque le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce ou la séparation de corps est devenu définitif, que le mari perd les pouvoirs que lui confèrent les articles 1421 et 1422, et cela avec la rétroactivité qu'implique ce jugement ou arrêt.

Il en est de même des pouvoirs que donne au mari l'article 1428 sur les biens propres de la femme ; ils subsistent pendant l'instance et, sauf préjudice ou fraude, ne subissent aucune atteinte. La femme de son côté conserve l'administration de ses biens réservés dans les mêmes conditions.

De ce qui précède, nous pouvons conclure que la rétroactivité du jugement n'a pas d'effet au cours de l'instance sur les pouvoirs d'administration des époux, mais qu'elle sert à apprécier la gestion des conjoints, et à déterminer, lors de la liquidation du régime, leurs récompenses, reprises, dettes et créances respectives, à raison de cette même gestion pendant la litispendance depuis le jour de la demande. En un mot, la rétroactivité n'a d'effet que pour permettre de critiquer, s'il y a lieu, cette administration que les époux savent pouvoir être, ultérieurement contrôlée, et de juger s'ils ont agi avec toute la prudence et la mesure que doit leur dicter le fait qu'ils seront peut-être plus tard considérés comme ayant été administrateurs de biens d'autrui.

Mais il est un point fort délicat, c'est celui du mandat tacite de la femme mariée et, à cet égard, on peut se demander si l'instance en divorce n'y apporte aucune modification, non pas tant en ce qu'elle est généralement le prélude de la dissolution du mariage mais parce qu'elle entraîne la cessation de la vie commune. La question est en réalité un des aspects du problème du maintien ou de la suppression du mandat tacite au cas de cessation de la vie commune.

Si l'on considère que le mandat tacite résulte véritablement d'un mandat sous-entendu, il faut conclure, comme l'ont fait quelques auteurs à sa disparition dès que cesse la vie commune, pour quelque raison que ce soit (81). La plupart des auteurs et la jurisprudence concluent néanmoins au maintien du mandat sauf si le mari pourvoit à l'entretien de la femme par le paiement d'une pension alimentaire (82). Le mari serait donc tenu envers sa femme d'une obligation alternative de subvenir à ses besoins en payant toutes ses dépenses ménagères, ou de lui verser une pension alimentaire.

Nous sommes enclin à admettre le maintien du mandat domestique sans restriction en cas de séparation de fait : le mandat tacite est plutôt un pouvoir de représentation légale, qui ne repose nullement sur une présomption de volonté du mari. La séparation de fait, qui est essentiellement inorganique n'est pas de nature à mettre fin à ce pouvoir dont la femme a besoin car l'allocation d'une pension alimentaire par le mari est généralement précaire. Au surplus, il convient de protéger l'intérêt des tiers qui peuvent toujours penser que la séparation n'est que provisoire ou même ignorer qu'elle existe (83).

La situation est différente pendant la durée de l'instance, tout au moins en ce qui concerne les rapports des époux : la séparation d'existence est organisée et, le plus souvent, la femme, si elle est dans le besoin, touche une pension alimentaire, pour le paiement de laquelle des garanties lui sont données.

(81) LAURENT, XXII, n° 109 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, *Contrat de mariage*, I, n° 503.

(82) AUBRY et RAU, VIII 5 par 509 p. 122 ; et doctrine et jurisprudence citées PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 393, p. 317, notes 6, 7, 8

(83) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, *op. cit.* n° 394.

Dans ces conditions, il semblerait logique de considérer que le mandat tacite cesse d'exister dès la cessation de la vie commune. C'est la solution qui résulte de certaines décisions judiciaires (84) mais on trouve également des décisions en sens contraire (85).

En faveur de la suppression du mandat tacite, l'on fait valoir que la situation des époux est réglée de façon précise, et que la femme n'a plus besoin du mandat tacite pendant l'instance. Au surplus, ajoute-t-on, les tiers sont en général avertis de la mésintelligence des époux, et ils savent fort bien n'avoir pas à compter sur le mandat tacite pour être assurés d'être payés par le mari des avances faites par eux à la femme (86).

A la vérité, cette solution est parfaitement logique et ne semble pas présenter de sérieux inconvénients : l'intérêt des tiers paraît sauvegardé, car ou bien — et c'est le cas dans les agglomérations de peu d'importance — les tiers savent que les époux sont en instance de divorce et doivent en conclure qu'ils n'ont plus à compter sur la responsabilité du mari pour répondre des dépenses faites par la femme, ou bien ils ne sont pas en mesure d'être renseignés sur l'état des rapports entre conjoints. C'est le cas dans les grandes villes. Mais il faut reconnaître que, dans cette hypothèse, les tiers pourraient prendre leurs précautions et ne consentir à traiter avec la femme que si elle paie comptant ou si le mari donne manifestement son accord à la transaction passée par la femme.

(84) Paris, 7 mars 1890, D 1891 2 259; Trib. civ. Lyon 7 décembre 1901, *Gaz. Pal.* 1902 1 63; Seine 15 octobre 1930, *Semaine Juridique*, 1931 17.

(85) Dijon 11 juillet 1872, D 1874 1 153; Seine, 9 mai 1883, D 1891 2 257.

(86) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 601.

La jurisprudence (87) impose aux tiers de rechercher la condition de la femme et de prendre tous renseignements nécessaires en ce qui touche ce point. Et ces tiers ne pourraient prétendre que le mari est responsable des dettes de sa femme en vertu de l'article 252. Le pouvoir qu'a la femme d'engager la communauté ne dépend pas de l'existence de cette communauté, mais des pouvoirs que lui donne implicitement le mari, du fait de la cohabitation.

Mais il est des circonstances, où, comme nous venons de le voir, les tiers peuvent ignorer la litispendance entre les conjoints, et leur bonne foi peut les autoriser à poursuivre le mari et la communauté, pour les dépenses de la femme qui sont faites dans les limites où son entretien le demande (88). Ces dettes de l'épouse tombent provisoirement dans la communauté, mais à la liquidation devront être imputées sur les revenus des biens mis dans le lot de la femme. Ce qui excèderait serait à la charge du mari. Il en serait de même pour les frais médicaux, qui, à raison de leur urgence ou de leur utilité, pourraient avoir été exposés par la femme, sans l'autorisation du mari. Le mari, tant que le divorce n'est pas définitif, étant chargé du devoir d'assistance en vertu de l'article 212, et ayant le plus souvent conservé la possession des biens propres de la femme et de ceux de la communauté, peut se voir réclamer ces frais médicaux (89). Si, au contraire, ces frais étaient prévisibles, la femme en tiendra compte dès la tentative de conciliation, pour évaluer le montant de la pension alimentaire à demander.

Dans ces conditions, il nous semble qu'en général, le mari

(87) Tribunal civil de Lyon, 7 décembre 1901. *Gaz. Pal.* 1902. 1. 63.

Tribunal civil de la Seine, 15 mars 1899. *Gaz. Pal.* 1. 649.

(88) Tribunal civil d'Amiens, 8 janvier 1925. *Gaz. Pal.* 1925 1 574.

(89) Tribunal civil de Valence 11 juillet 1933. *Gaz. Pal.* 1933 2 538.

ne saurait être obligé, postérieurement à l'ordonnance de résidence séparée, en vertu du mandat tacite de la femme et sans avoir fait individuellement à chaque fournisseur les notifications généralement exigées pour qu'il cesse d'être tenu en vertu de ce mandat.

B. — LIQUIDATION ANTICIPÉE DU RÉGIME MATRIMONIAL AU COURS DE L'INSTANCE.

Etant donné les multiples inconvénients que présente l'instance en divorce ou en séparation de corps, et la durée de la procédure, il est normal que les époux aient le désir d'y mettre fin au plus tôt et d'acquérir rapidement la libre disposition de leurs biens. Et l'on conçoit qu'ils aient l'idée de procéder en cours d'instance à la liquidation anticipée de leur régime matrimonial.

A la vérité, le problème se pose de façon angoissante surtout dans les régimes de communauté et c'est uniquement sous la forme de liquidation anticipée de la communauté que la question existe en pratique.

L'utilité d'une telle liquidation serait de rendre à chacun au plus vite la disposition de ses biens. Mais sa validité a été fort discutée. Pour l'admettre, on invoque le principe posé par l'article 252 alinéa 6 et l'on fait valoir que, le jugement de divorce produisant des effets, à l'égard des tiers et entre époux, dès le jour de la demande, un tel règlement n'est pas contraire au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. On peut opposer à cet argument que la prohibition de l'article 1395 à l'égard des conventions matrimoniales interdit les règlements anticipés de communauté. En effet, certains auteurs ont prétendu que les liquidations en cours d'instance étaient juridiquement postérieures à la dissolution de la

communauté (90), il y a lieu de préciser que, dans la mesure où elle est exacte, cette proposition n'est vraie qu'à partir du jour où le jugement est définitif. Au moment de la rédaction de l'acte litigieux, on ne sait pas encore si le décès d'un des époux n'interviendra pas avant le jugement, ou si ce dernier ne déboulera pas le demandeur. Il ne serait pas davantage contraire à la règle que la femme ne puisse pas renoncer d'avance à son droit d'option sur la communauté, puisque l'exécution du règlement anticipé reste subordonnée à l'acceptation par la femme (91).

La jurisprudence se prononce néanmoins contre la validité de ces liquidations anticipées (92), invoquant tout d'abord une prétendue exclusion du droit d'option de la femme, qui en résulterait. Mais cet argument est sans portée, la femme conservant malgré la liquidation anticipée, sa faculté d'option sur la communauté.

Certes, il ne paraît pas douteux que la liquidation entraîne une modification des conventions matrimoniales, malgré la rétroactivité au jour de la demande : car, en dernière analyse, cette règle de la rétroactivité signifie simplement que le règlement des intérêts des époux doit se faire en prenant pour base l'état de la communauté au jour de la demande (93) et non pas

(90) Aix, 25 janvier 1922, *Gaz. Pal.* 1922 1 265 ; GAUDEMET ; *Rev. trim.* 1922, 609 et s., 1923, 977 et s. ; 1924, 96 et s.

(91) Cass. req. 6 avril 1903 D 1903 1 301 ; S 1904 1 505, n NAQUET ; Cass. civ. 3 novembre 1924, D 1925 1 137, note SAVATIER, Paris 24 mars 1903 D 1905 2 1 note PLANIOL ; 30 novembre 1903, *Gaz. Trib.* 1924 2 146 ; 2 mars 1925, D 1926 2 13. note NAST. Aix 24 octobre 1922.

(92) Trib. civil Seine-Inférieure, 25 octobre 1926 D.H. 1927 44 ; Aix 24 octobre 1928, D.H. 1930, 10 Somm ; *Rev. Trim.* 1929, 753 ; Chartres 25 avril 1929, *Gaz. Pal.* 1929 2 73 ; Paris 4 novembre 1932, D. H. 1933 10.

(93) PLANIOL et RIPERT, NAST, *Régimes matrimoniaux*, IX, n° 683.

que cette communauté n'a pas continué d'exister.

De même une cession ou dation en paiement entre époux n'est pas valable lorsqu'elle est faite au cours de l'instance en séparation de corps et avant le jugement. Le paiement des reprises est la seule base qui justifie l'exception formulée par l'article 1595 du Code civil à la prohibition des cessions entre époux ; ce n'est que lors de la liquidation de la communauté dissoute que la consistance de ces reprises peut être juridiquement établie. L'effet rétroactif du jugement n'autorise pas la femme à se faire payer de ses reprises tant que dure la communauté qui n'est dissoute que par le jugement. Les torts du mari ne peuvent autoriser la femme à mettre obstacle, sous prétexte d'obligation naturelle, à l'application de la règle qui ne permet de liquider la communauté, même partiellement, qu'après la dissolution du mariage (94).

Au surplus, la défaveur avec laquelle la jurisprudence et les auteurs considèrent les règlements anticipés se justifie à raison d'une part de ce que ce règlement est, le plus souvent, une tractation coupable, tendant soit à l'obtention rapide du divorce, soit à réaliser un marchandage qui doit être réprimé pour ce qu'il a d'immoral (95), soit enfin à dissimuler un divorce par consentement mutuel (96).

Mais, s'il faut se prononcer sans hésiter contre la validité des règlements anticipés de communauté pendant l'instance, il ne faut pas conclure à leur inutilité. En effet, il est tout à fait

(94) Paris, 4 novembre 1932, D. H. 1933 10.

(95) Cass. req. 6 avril 1903, précité : le mari renonçait à une plainte en adultère moyennant remise par la femme d'une quittance de reprises auxquelles elle avait droit ; jurisprudence citée sous Cass. Req. 24 novembre 1931, D. 1932 1 32, note 5 Ch. L.

(96) Cass. req. 15 janvier 1929, *Gaz. Pal.* 1929 1 555 ; 2 avril 1935, D.H. 1935 284. *Rev. Trim.* 1935, 635 ; Besançon, 13 février 1923, *Gaz. Pal.* 17 juillet 1923.

légitime que les époux désirent faire le nécessaire pour que la liquidation de la communauté puisse être faite au plus tôt une fois le divorce ou la séparation de corps prononcé. Les époux peuvent, par suite, établir un projet de liquidation pendant l'instance, qui n'a aucune force obligatoire, mais qu'il leur suffira de régulariser une fois le divorce devenu définitif, ce qui est de nature à faciliter les opérations de la liquidation, souvent difficile à établir puisqu'elle règle une situation qui remonte parfois à plusieurs années.

C'est là une pratique assez courante, et le projet peut être établi, soit par acte sous seings privés, soit même par acte notarié. Les formules employées à cet effet, attirent d'ailleurs l'attention des parties sur ce que ledit règlement « peut être « critiquable en droit », et précisent que les signataires ne font que s'engager d' « honneur » à exécuter les conventions conclues dès qu'ils le pourront par acte régulier (97).

(97) *Journal des Notaires*, 1924, Formule LVI. et *Journal du Notariat*, 1925, 51.

DEUXIÈME SECTION

LE RÉGIME MATRIMONIAL APRÈS LE PRONONCÉ DE LA SÉPARATION DE CORPS OU DU DIVORCE

En ce qui concerne le régime matrimonial, il n'y a pas d'intérêt à distinguer suivant que le jugement prononce la séparation de corps ou le divorce. Car la différence fondamentale qui existe entre les deux institutions, à savoir la survivance du mariage au cas de séparation de corps, ne produit pas ici de conséquence remarquable.

La séparation de corps, en effet, entraîne forcément la séparation de biens, aux termes de l'article 311 alinéa 2 ; c'est-à-dire, qu'elle donne lieu à la liquidation du régime matrimonial des époux. Une remarque doit être faite à cet égard : avant la loi du 18 février 1938, accordant à la femme mariée le plein exercice de sa capacité civile, l'alinéa 3 de l'article 311 donnait à la femme séparée de corps pleine capacité, et écartait le recours à l'autorisation du mari ou de justice. Cet alinéa a été supprimé par la loi nouvelle, car il est inutile désormais de conserver un texte qui avait pour objet de rendre à la femme séparée de corps la pleine capacité civile, que la femme mariée conservera dorénavant.

A interpréter rigoureusement les textes, la femme séparée de corps serait actuellement soumise à toutes les règles applicables à la femme séparée de biens — par suite de la suppression de l'alinéa 3 de l'article 311 —, et notamment aux articles 1449 et 1538 qui obligent la femme séparée de biens à se faire autoriser soit par son mari soit par la justice, pour vendre ses immeubles et même ses meubles, car, malgré le texte du

second alinéa de l'article 1449, la jurisprudence n'autorisait la femme séparée à aliéner son mobilier, que dans la mesure où l'aliénation pouvait constituer un acte d'administration (vente de récoltes par exemple). On peut évidemment regretter que l'article 311 ou les articles 1449 et 1538 n'aient pas été modifiés de façon à rendre toute équivoque impossible. Mais il nous apparaît que, même en l'état actuel des textes, il n'est pas possible de soutenir raisonnablement que la femme séparée de corps ait besoin d'une autorisation pour vendre ses immeubles.

En ce qui concerne la limitation qu'apporte la jurisprudence par son interprétation étroite de l'alinéa 2 de l'article 1449, au droit pour la femme séparée de corps, d'aliéner son mobilier, il semble qu'elle doive disparaître désormais. Le principe nouveau de la capacité de la femme mariée impose un changement dans l'interprétation de cet alinéa, et en outre, devrait entraîner l'abrogation tacite de l'alinéa 3 de ce même article 1449. On aboutit sans cela et dans l'état actuel des textes, à ce que la femme commune peut aliéner seule la nue-propriété de ses immeubles propres, alors que la femme séparée de corps ne le peut pas, et à ceci que la femme séparée peut engager ses immeubles par ses dettes, mais ne peut consentir sur eux une hypothèque.

L'on peut faire valoir à cet égard un argument de textes et un argument de logique. En effet, le dernier alinéa de l'article 311 est maintenu, aux termes duquel une publicité est nécessaire pour que les restrictions à la capacité de la femme séparée de corps par contrat de mariage et résultant des articles 1449 et suivants soient opposables aux tiers en cas de réconciliation des époux. C'est donc qu'aucune de ces restrictions n'est applicable à la femme séparée de corps. Au surplus, la qualité de chef de famille du mari cessant en cas de séparation

de corps, conformément à l'article 213 alinéa 3 nouveau, il en résulte qu'il ne saurait dans ce cas être appelé à donner à la femme aucune autorisation (98).

D'autre part, il apparaît tout à fait illogique de supposer que le législateur, par la loi même qui pose expressément le principe que la femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile (article 215, alinéa 1^{er}) diminue cette capacité pour la femme dont le mariage se trouve relâché par la séparation de corps et qui était déjà pleinement capable depuis 1893 (99). Il semble d'ailleurs que l'on pourrait même émettre des doutes quant à la nécessité du maintien de l'autorisation maritale pour la femme séparée de biens ordinaire, les règles concernant cette autorisation ayant été abrogées par la loi nouvelle. Mais nous n'avons pas ici à prendre parti sur ce point délicat.

À la vérité, l'unique survivance du régime matrimonial antérieur de la femme séparée de corps est l'hypothèque légale. Mais, après la séparation, les seules créances que l'hypothèque sera susceptible de garantir sont celles nées de la liquidation de la communauté et du droit à la pension alimentaire de la femme. Or, à cet égard, il ne semble pas que la situation de la femme divorcée diffère de celle de la femme séparée de corps : il n'est pas douteux que l'hypothèque légale garantit nécessairement les créances nées de la liquidation du régime. Et nous avons vu que la jurisprudence admet qu'elle

(98) ESMEIN, *La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée*, *Semaine Juridique*, 20 mars 1938, n° 55.

(99) Rappr. rapport DELATTRE n° 3331 à la Chambre des députés, J.O. 23 décembre 1937, où il est écrit : « Le commencement du 3^e paragraphe (de l'article 311) n'a plus sa raison d'être puisque, en application des dispositions nouvelles, la femme, non séparée de corps, a plein exercice de sa capacité civile ».

continue à garantir aussi la créance de la pension alimentaire de l'article 301 (100).

*
**

La seule différence qui existe, croyons-nous, entre la femme divorcée et la femme séparée de corps au point de vue de l'hypothèque légale, provient de ce que, seule la dissolution du mariage fasse courir le délai d'un an prévu par l'article 8 de la loi du 23 mars 1855, pour que la femme prenne inscription et que, dans le silence du texte, l'on ne saurait faire produire le même effet au jugement de séparation de corps.

Etant donné que l'effet du jugement rétroagit au point de vue des biens, au jour de la demande, la liquidation se fait, dans l'un comme dans l'autre cas, en prenant pour base l'état des biens à ce jour, et il n'y a donc pas lieu, en général, de distinguer entre les deux hypothèses.

La jurisprudence (101), en application de ce principe de rétroactivité et en tenant compte de la persistance du devoir de secours pendant l'instance, décide que les revenus des biens propres des époux postérieurs à la dissolution de la communauté ne doivent pas lui profiter, et que les époux doivent vivre chacun de leurs revenus propres, sauf obligation pour celui qui a des ressources de subvenir aux besoins de celui qui n'en a pas ou d'insuffisantes (102). Ceci nous amène à considérer différents cas dans lesquels la charge définitive de la pension alimentaire sera réglée suivant les circonstances.

Normalement, la pension alimentaire allouée à la femme

(100) *Supra*, p. 87.

(101) Cass. req. 2 mai 1927. S. 1928 I 185, note AUDINET; D.P. 1923 I 44.

(102) PAUCOT, *op. cit.*, p. 108.

au cours de l'instance en divorce, l'a été pour ses besoins personnels et n'est qu'une avance sur les revenus de ses reprises et de sa part de communauté, et par suite doit s'imputer sur eux et non sur le capital (103). En effet, en matière de pension alimentaire, on ne tient compte que de l'état des revenus du créancier et du débiteur. De plus, la rétroactivité du divorce ne s'applique pas à l'obligation du mari d'entretenir sa femme. L'excédent de la pension sur les revenus de l'épouse sera donc à la charge de la communauté. Le mari a le droit de compenser avec les fruits des biens compris dans le lot de sa femme, une somme égale à la pension servie. Quant à la provision *ad litem*, versée à la femme, elle est imputable sur les reprises de celles-ci au cas où elle aurait été condamnée aux dépens; en cas d'insuffisance elle peut même s'imputer sur les capitaux qui lui sont attribués. C'est un prêt remboursable qui lui est consenti et qui s'impute sur ce qu'elle reçoit à la liquidation (104).

Il arrivera souvent que la liquidation ne fera ressortir aucun actif pour l'épouse, et dans cette éventualité, les sommes qu'elle aura reçues constitueront une véritable pension alimentaire, conforme à l'article 212 (qui impose le devoir d'assistance aux époux); ou si ses biens propres sont improductifs, c'est alors le mari qui en supportera définitivement la charge, puisque le dénuement de la femme leur aura fait perdre leur caractère d'avances remboursables.

Bien que le divorce ait été prononcé aux torts exclusifs de la femme, il peut lui être alloué une pension, si elle se trouve complètement privée de ressources, pendant la liquidation

(103) Cass. req. 31 mars 1908, D. 1908 I 277 S 1909 I 78; PLANIOL et RIPERT NAST. IX, p. 29, n° 678; Cass. civ. 26 juillet 1937, D.H. 1937, 453.

(104) Colmar 7 mai 1937, D.H. 1937 387.

de la communauté, à titre d'avance remboursable, d'abord sur les revenus de ses reprises, sur sa part de communauté ensuite, puis sur le capital de ses reprises (105). Dans ce cas particulier, le tribunal n'a autorisé le service de la pension que parce que le remboursement en était assuré.

Si c'est par application de l'article 301 que la femme devient créancière d'une pension, le caractère indemnitaire de celle-ci en met la charge, en cas de divorce, sur les biens du mari coupable pour qui c'est une dette personnelle, en réparation du préjudice causé.

Il en est tout autrement quand la liquidation intervient à la suite d'un jugement de séparation de corps : si c'est l'époux coupable qui en est créancier, nul doute que ce soit en vertu de l'article 212, et que par suite de son caractère alimentaire, elle doive s'imputer pour les sommes versées entre la demande et la liquidation sur les revenus de l'époux qui en bénéficie. Plus complexe est la question de la pension allouée à l'époux innocent : elle participe en effet, à la fois du caractère strictement alimentaire que la survivance du devoir de secours lui impose, et du caractère indemnitaire qui est la conséquence de l'innocence de son bénéficiaire. Le jugement, en déterminant dans quelles proportions cette pension est une réparation ou une obligation alimentaire permettra, d'en effectuer l'imputation, conformément aux solutions que nous venons d'étudier.

C'est en somme à deux sortes de pensions alimentaires que correspondent l'imputation ou la non-imputation sur les biens du conjoint qui en est créancier ; la première est une avance remboursable, faite par celui des époux qui est en possession des biens de l'autre, ou de sa part des biens communs,

(105) Cass. req. 9 décembre 1925 D. H. 1926 I 149 note NAST.

la seconde n'est qu'une application du devoir de famille par le conjoint le plus fortuné à celui qui est dans le besoin, ou une sanction à l'égard du coupable.



A la vérité, le jugement est sans effet sur la liquidation du régime proprement dite, et une seule question se pose une fois son prononcé, c'est si la culpabilité de l'un ou de l'autre des époux à une influence sur la façon dont on liquide le régime. Cette liquidation ne se fait pas exactement suivant les mêmes règles qu'au cas où la dissolution provient du décès de l'un des époux. En effet, la loi édicte, dans les articles 299 et 300 du Code civil, des déchéances contre l'époux aux torts duquel le divorce a été prononcé, que l'on n'hésite pas à étendre au cas de séparation de corps.

Des règles légales, il résulte que l'époux au profit duquel le divorce a été prononcé conserve l'entier bénéfice de toutes les clauses favorables du contrat, de toutes les libéralités, directes ou indirectes, alors que l'époux coupable subit la déchéance de ces libéralités et avantages. Et, bien entendu, la déchéance joue de part et d'autre au cas où le divorce ou la séparation de corps sont prononcés aux torts réciproques, ou, suivant une formule que l'on trouve dans certains jugements (notamment du Tribunal civil de la Seine) « *à la requête et au profit de chacun des époux* ».

Les déchéances ainsi édictées par la loi constituant une sorte de peine civile : il paraîtrait peu équitable qu'un époux pût se prévaloir des avantages que le mariage lui a apportés alors qu'il en a lui-même violé les engagements. Mais la raison d'être de cette sanction en impose les limites. Au cas où l'époux coupable aurait, durant le mariage, concédé des droits à des tiers sur les biens, objets des « avantages » matrimo-

niaux, les droits acquis à cet égard subsistent, malgré la déchéance de la libéralité (106).

Il est nécessaire de préciser que ces déchéances ne sont encourues que lorsque le divorce est devenu définitif ou que le jugement de séparation de corps a acquis l'autorité de la chose jugée. Tant que ces conditions, suivant le cas, ne sont pas remplies, la déchéance est suspendue même si le jugement l'a expressément prononcée, puisqu'elle en est une disposition accessoire et que ce dernier n'est pas encore lui-même définitif (107).

Cependant, certaines décisions sont en sens contraire, arguant que l'action en divorce ou en séparation de corps implique nécessairement une action implicite en révocation des donations entre époux, qui n'est pas mise à néant en cas de décès de l'un des conjoints avant que le jugement soit définitif. Les héritiers pourraient reprendre cette action (108).

La majorité de la doctrine et de la jurisprudence ne semble pas avoir suivi cette opinion (109).

*
**

Les termes très larges dont la loi s'est servie pour établir la déchéance imposée à l'époux coupable peut donner lieu à certaines controverses.

Tout d'abord, il n'est pas douteux que par « avantage » au sens des articles 299 et 300 du Code civil, il faille entendre

(106) Cass. civ. 30 août 1865 D 1865 1 345. V. cependant Paris, 27 mars 1919 D 1920 2 80.

(107) Paris, 17 mai 1898, D.P. 1898 2 526.

(108) Tribunal civil de Marseille 17 mars 1927, D.H. 1927 329, et Aix sur appel de Marseille *Sem. Jur.* 1928 177.

(109) *Jurisprudence Générale Dalloz*, Suppl. Divorce 578 et Sép. de corps, 149.

les libéralités proprement dites, c'est-à-dire toutes les donations que l'époux innocent a pu faire à l'époux coupable, soit par le contrat de mariage lui-même, soit depuis le mariage. Une distinction doit être faite entre les deux catégories de donations.

En ce qui concerne les premières, il n'est pas discutable que sont révoquées toutes les donations faites par le contrat de mariage, et cela sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'il s'agit de donations pures et simples ou de donations à venir, à cause de mort. Il faut excepter simplement les cadeaux de noce, qui restent au donataire sauf s'ils sont excessifs (110).

Une remarque doit être faite relativement aux donations de biens à venir : au cas où le contrat de mariage porte donation au survivant de l'usufruit d'une certaine quotité de biens, le bénéfice de cette clause reste à l'époux innocent, alors que l'usufruit successoral de l'article 767 disparaît même au détriment de l'époux au profit duquel le divorce est prononcé (111). Et l'on comprend alors l'intérêt de cette clause du contrat de mariage, même au cas où la quotité de l'usufruit prévu ne serait pas supérieure au montant de l'usufruit légal, l'irrévocabilité des clauses du contrat de mariage permettant à l'époux innocent de conserver les avantages à lui conférés.

La pratique notariale prend soin d'ailleurs par l'élaboration d'une clause contenant une libéralité à cause de mort, de préciser qu'elle ne sera exécutable qu'au cas de dissolution de la communauté par décès, et ce, afin de ne pas engager les futurs époux par des libéralités qu'en cas de divorce ils ne pourraient révoquer, malgré leur désir.

(110) Cass. req. 18 juillet 1933, *Gaz. Trib.* 1933 2 679; *Rev. Trim.* 1933 1 254; 1934 121; S. 1934 1 19. Orange, 18 novembre 1890, D. 1891 3 111.

(111) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 645.

Cette dérogation à l'article 300 est parfaitement admise par la jurisprudence, car les parties libres de ne se consentir aucun avantage, peuvent, si elles le veulent, les subordonner à telle condition de leur choix (III bis).

Pour les donations postérieures au mariage, l'intérêt de la règle légale est beaucoup moins grand, car elles sont toujours révocables. L'article 299 a pour effet de dispenser l'époux d'une révocation expresse, mais il est à prévoir que l'époux coupable révoquera ces libéralités après le divorce, car il conserve le droit de le faire. Il apparaît donc que, pour permettre au système des déchéances légales organisé par la loi, de remplir exactement son but, il serait bon que le droit de révoquer les donations faites postérieurement au mariage fût retiré au conjoint coupable. Mais d'autre part, au cas où le divorce ou la séparation de corps ne sont plus possibles par suite du décès d'un époux avant l'introduction de l'instance, ou avant que le jugement soit devenu définitif, ou si le conjoint au profit duquel le jugement a été rendu, se rend à son tour coupable d'ingratitude, l'époux offensé qui n'avait aucun moyen de faire tomber les donations contenues au contrat de mariage, peut intenter une action en révocation pour ingratitude, en vertu de l'article 953. Elle peut être séparée de l'instance en divorce ou en séparation de corps, et dispensée du préliminaire de conciliation. Les héritiers peuvent la reprendre, même si leur auteur qui avait intenté l'action est décédé au cours de l'instance principale en divorce ou en séparation de corps. Mais l'époux demandeur doit agir dans le délai de l'article 957, c'est-à-dire dans l'année du délit, car c'est un délai non pas de prescription, mais de procédure entraînant déchéance, et par suite il

(III bis) Cass. civ. 10 mai 1937 D.H. 1937 361.

n'est pas suspendu pendant le mariage en vertu de l'article 2253 (112).

Bien entendu, lorsqu'il s'agit de libéralités entre époux divorcés, ou séparés de corps il faut assimiler les donations indirectes et les donations déguisées aux libéralités pures et simples (113).

Mais le bénéfice retiré du mariage provient très fréquemment pour l'un des époux, non pas d'une libéralité par contrat de mariage, ou postérieure, mais de l'adoption dans le contrat de tel ou tel régime matrimonial. Or, la jurisprudence est actuellement fixée en ce que toute clause du contrat de mariage qui procure un enrichissement à l'un des époux doit être considérée, non comme une donation, mais comme une convention de mariage, donc comme un acte onéreux (114). La solution est d'ailleurs donnée expressément par la loi, à la fois pour la clause attribuant toute la communauté à l'un des époux, dans l'article 1525 et pour le préciput, dans l'article 1516. La question qui se pose est donc de savoir s'il faut considérer que la règle de l'article 299 apporte une exception à la règle que les conventions de mariage ne sont pas des libéralités, analogue à l'exception établie par les articles 1496 et 1527 en faveur des enfants du premier lit.

A la vérité, l'article 1518 du Code civil fait une application expresse de la règle de l'article 299 au cas de clause de préciput. L'on peut tirer de ce texte un argument d'analogie et dé-

(112) Cass. civ. 10 mai 1937 D.H. 1937. 3 61.

BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN I p. 1616.

(113) Paris, 27 mars 1919 D 1920 2 80; Montpellier 25 février 1935, *Se-maine Juridique*, 1935, 587; *Rev. Trim.* 1935 633 678, S. 1935 2 154. Cass, civ. 22 juin 1897 D.P. 1897 I 1559.

(114) Cass. ch. réunies, 19 décembre 1890, D. 1891 I. 417; S. 1891 129 et 295; Cass. civ. 9 août 1899, D 1901 I 433, note A. COLIN.

cider que la déchéance s'applique à toutes les conventions de mariage, étant donné que l'article 1515 prend soin d'indiquer que le préciput doit être considéré, non pas comme une donation, mais comme une telle convention. Or, aux termes de l'article 1525, l'attribution de la totalité de la communauté au survivant est, elle aussi, une « convention de mariage ». C'est pourquoi l'on est convenu d'appliquer la déchéance à tout avantage qui résulte pour l'un des époux d'une modification quelconque de la masse commune (115).

Une double remarque s'impose, c'est tout d'abord qu'il convient de faire exception pour ce qui concerne les « bénéfices » « ces résultant des travaux communs et les économies faites » « sur les revenus respectifs, quoiqu'inégaux », des deux époux qui ne doivent pas être considérés comme un « avantage » pour l'application des articles 299 et 300, pas plus qu'ils ne le sont au regard des enfants du premier lit, d'après la règle de l'article 1527. En second lieu, l'on ne saurait *a fortiori* considérer comme telle l'adoption de la communauté légale : il est bien évident que les articles 299 et 300 ont en vue les seuls avantages volontaires. Et la déchéance que ces articles établissent ne saurait être étendue au cas du bénéfice attribué par le législateur lui-même.

Ayant ainsi précisé la notion d'avantage qui se trouve révoqué à l'encontre de l'époux coupable à la suite du divorce ou de la séparation de corps, il nous faut, pour terminer, indiquer que cette sanction se produit de plein droit, sans qu'aucune conclusion soit prise à cet effet. Et au cas où l'époux

(115) PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 646; Cass. civ. 10 mai 1937, S. 1937 I 390; D.H. 1937 361; *Rev. Trim.* 1937 2 168; *Rev. Trim.* 1937, 1083; Poitiers, 3 février 1936 D.H. 1936, 215; *Rev. Trim.* 1936 467.

coupable prétend se soustraire à l'application des déchéances légales, c'est à lui qu'il appartiendra de prendre l'initiative de la contestation.

De l'article 1452 du Code civil, il résulte que la dissolution de communauté opérée par le divorce ou la séparation de corps ne donne pas ouverture aux droits de survie. Mais il est possible de les exercer lors de la mort naturelle ou civile du pémourant par le survivant.

Par suite, suivant que le droit de survie constitue un droit de créance soumis à la condition du prédécès d'un des conjoints, ou au contraire une institution contractuelle ayant pour objet une part de succession, l'époux bénéficiaire du droit de survie, peut ou ne peut pas transiger sur ce droit après la séparation de corps ou le divorce. Ainsi la femme peut après la séparation de biens, renoncer à son gain de survie, moyennant une somme actuellement payée si ce gain consiste dans une somme fixée sur les biens présents du mari (116). Mais elle ne pourrait y renoncer ou transiger, s'il s'agissait d'une quotité en toute propriété ou en usufruit des biens que le donateur laisserait à son décès. Et dans ce cas seulement, elle ne pourrait faire des actes conservatoires de son gain de survie et elle ne peut exiger une caution du mari que pour son préciput.

Enfin, l'on peut se demander à quel moment la déchéance produit son effet. Un examen superficiel des règles applicables en la matière nous amènerait à conclure que c'est au jour de la demande qu'il faut considérer les libéralités comme révoquées, puisqu'il s'agit là de rapports entre les époux qui concernent les biens.

Mais il ne faut pas oublier que la rétroactivité ne peut, par

(116) Cass. req. 22 février 1831. DALLOZ, *Jurisprudence Générale, contrat de mariage*, 335.

la force des choses être absolue. Il paraît impossible de donner cet effet rétroactif à la révocation. D'autre part, il s'agit de libéralités et avantages qui devaient normalement profiter à l'époux au moment de la dissolution du mariage. Dans ces conditions, c'est seulement au jour de la dissolution que lesdites déchéances deviennent efficaces et définitives.

Il en résulte notamment leur maintien même, lorsqu'elles sont prononcées à la suite de séparation de corps, suivie de réconciliation. Elles sont en effet intimement liées au régime matrimonial et l'on ne saurait imaginer que les avantages matrimoniaux reparassent si ce n'est avec le rétablissement du régime lui-même (117).

Il en résulte que, dans l'hypothèse, — rare il est vrai, mais que l'on peut imaginer — où la séparation de corps et le divorce ne seraient pas prononcés aux torts du même époux, il faut conclure que, après la conversion, le régime matrimonial ayant définitivement disparu par la séparation de corps, il ne rait être question de ressusciter les avantages matrimoniaux pour en faire bénéficier l'époux contre lequel, par hypothèse, la séparation aurait été prononcée, alors que le divorce serait prononcé à son profit. Mais dans le cas inverse, il semble qu'il faille décider que l'époux au profit duquel la séparation avait été prononcée perd les avantages matrimoniaux si le divorce est prononcé à ses torts, dès lors que l'on admet que la révocation expresse des libéralités reste possible même après le divorce (118).

La réconciliation entre époux après la séparation de corps rétablit la vocation des conjoints aux avantages dont ils avaient

(117) Cass. req. 27 décembre 1893 D 1894 I 391. PLANIOL et RIPERT, ROUAST, II, n° 692.

(118) *Supra* p. 168.

été privés, à condition que les formalités prévues à l'article 1451 du Code civil soient remplies, puisqu'ils font partie intégrante du contrat de mariage (119). Au décès du premier mourant, le survivant pourra bénéficier des avantages ainsi rétablis, tout comme avant l'introduction de l'instance.

Au point de vue du régime matrimonial, trois situations différentes sont ouvertes après cette réconciliation.

1° Ou bien il y a simple réconciliation sans publicité, et la femme reste soumise au régime de la séparation de biens, et sa capacité demeure entière comme il résulte de la loi du 18 février 1938.

2° Ou bien la réconciliation est constatée et publiée comme le prévoit l'article 311 *in fine*, par une mention en marge de l'acte de mariage et du jugement ou de l'arrêt ayant prononcé la séparation, ensuite par une publication dans un journal d'annonces légales. Le régime de la séparation de biens se trouve maintenu, et la capacité de la femme est restreinte dans les limites de l'article 1449.

3° Ou bien enfin, outre la publication, il y a rétablissement par les époux de leur régime primitif dans les conditions prévues par l'article 1451, c'est-à-dire par acte notarié, en minute, dont une expédition est affichée au greffe du tribunal civil de première instance, et de plus si l'un des époux est commerçant, à celui du tribunal de commerce. Ces formalités sont nécessaires pour que le rétablissement du régime matrimonial soit opposable aux tiers, de même que celles prévues par l'article 311 (120).

(119) Cass. req. 27 décembre 1893, D.H. 94 1 391; AUBRY et RAU V 496 .

(120) Tribunal Civil de Nîmes, 30 juillet 1896, D.P. 97 2 235.

La femme revient alors à la capacité réduite qui résulte de son contrat de mariage.

Toute convention par laquelle la communauté serait rétablie dans des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement, serait nulle. Cette nullité n'atteindrait que la clause dérogatoire, à moins cependant que les époux n'aient formellement subordonné la reprise du régime antérieur à l'exécution de cette clause. En ce cas, le régime de la séparation de biens, par suite de la nullité du nouveau contrat tout entier, continue à régler les rapports des conjoints (121).

La communauté rétablie reprend son effet du jour du mariage et les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu de séparation, sans préjudice néanmoins de l'exécution des actes qui, dans cet intervalle, ont pu être faits en conformité de l'article 1449. L'interprétation littérale de la loi du 18 février 1938, semble enfermer la capacité de la femme séparée de corps dans les limites de l'article 1449. Nous avons vu que l'on pouvait discuter cette interprétation (122). Il en est de même en ce qui concerne la validité des actes faits, par la femme séparée de corps, entre la séparation et le rétablissement du régime antérieur. Là aussi, une modification de l'article 1451 serait désirable; il nous semble que la suppression des mots « en conformité de l'article 1449 », répondrait à l'esprit de la loi sur la capacité de la femme mariée.

En cas de remariage des époux après le divorce, comme une nouvelle célébration du mariage est nécessaire, il faudra parallèlement un nouveau contrat pour rétablir l'ancien régime, sous réserve bien entendu, que celui-ci fût différent de

(121) BAUDRY-LACANTINERIE, II, n° 983; PLANIOL, *op. cit.* II 1201, AUBRY et RAU V, p. 411.

(122) *Supra* p. 161.

la communauté légale. Les anciens époux pourront établir en toute liberté les conventions servant de base à leur nouvelle union, soit en adoptant les clauses de leur premier contrat de mariage, soit en choisissant un autre régime. La femme ne conservera sa capacité de femme divorcée que dans les limites de ce contrat, conformément au nouvel article 215 du Code civil.

Conclusion

Parvenu au terme de notre étude, nous croyons qu'il n'est pas téméraire d'affirmer que si la question des rapports pécuniaires des époux à partir de l'instance en divorce ou en séparation de corps est à peu près au point quant au devoir de secours, la même homogénéité n'existe pas dans les autres catégories de rapports patrimoniaux.

En ce qui concerne le régime matrimonial notamment, il est bien certain que continuer d'appliquer pendant l'instance les règles ordinaires du régime, présente de graves inconvénients, particulièrement lorsque les époux sont mariés sans contrat.

La femme se trouve alors à la merci de la loyauté du mari et la garantie que lui donne la règle de la rétroactivité des effets du divorce, quant aux biens, au jour de la demande, ne lui assure pas toute la sécurité désirable. Si le mari dilapide les biens de communauté et même les propres de la femme, celle-ci n'est efficacement garantie par l'hypothèque légale et par les privilèges que la loi donne à la femme copartageante qu'à la condition que le mari ait des biens, et surtout des immeubles. Mais si le mari est insolvable, ou s'est rendu insolvable, la femme peut se trouver absolument ruinée.

Les diverses mesures conservatoires auxquelles la femme peut recourir sont évidemment susceptibles, en principe tout au moins, d'assurer la sauvegarde de ses droits. Mais nous avons constaté que, toujours le mari conserve des droits étendus parce que l'on évite de porter atteinte à ses droits sur la

communauté comme chef. Au surplus, l'on peut s'attendre aux hésitations de la femme à faire prendre ces mesures, d'autant que les prendre tardivement permet au mari de laisser périlcliter ou même de mettre à l'abri de tout recouvrement les biens de la communauté entre le début de l'instance et le jour où la femme demande la nomination d'un séquestre.

Il serait souhaitable d'envisager une réforme législative simplifiant la procédure et de prévoir un procédé plus simple pour que la femme soit en mesure de sauvegarder ses droits sur ses biens propres et sur sa part de communauté, dès le début de l'instance.

Il faudrait tout d'abord, aussi souvent que possible, éviter l'allocation d'une pension alimentaire et plutôt condamner le mari à l'exécution de son devoir de secours par la remise à la femme de ses propres et même d'une partie des biens communs, dont elle aurait ainsi l'administration pendant l'instance, à condition bien entendu qu'elle en soit capable.

Et en second lieu, au cas où une telle remise ne serait pas possible immédiatement, il faudrait prévoir pour la femme, sur simple requête présentée au tribunal civil du domicile conjugal, le droit de faire nommer un administrateur spécial de la communauté, pour la durée de l'instance. Cet administrateur aurait seul le droit de toucher l'actif de la communauté et de payer le passif, avec ou sans le concours du mari, suivant ce que le tribunal estimerait le plus favorable aux intérêts de la femme.

Bien entendu, il faudrait établir une garantie parallèle pour le cas où les biens de communauté se trouveraient entre les mains de la femme : dans cette hypothèse, en effet, ce sont les intérêts pécuniaires du mari commun en biens qui peuvent être mis en péril par la femme, quoique le danger se présente avec moins d'acuité et de fréquence.

Il conviendrait également de prévoir dans cette réforme, pour réaliser absolument l'égalité des deux époux en notre matière, les mesures propres à prévenir les actes frauduleux commis par la femme dans l'administration des biens communs de la même manière qu'elles le sont actuellement pour le mari. La jurisprudence ayant le plus souvent organisé la protection de la femme de la façon la plus heureuse, il faudrait que le législateur unifie les mesures qu'il est possible d'appliquer et leur donne la consécration de la loi. Bien loin de chercher à diminuer les pouvoirs du mari, il convient de les contrôler, et de les surveiller dans la mesure où la protection de la femme l'exige pendant la période transitoire et ambigüe de l'instance en divorce ou en séparation de corps.

Vouloir conserver absolument intacts les pouvoirs du mari en tant que « seigneur et maître », n'est-ce pas ignorer les droits de la femme, aussi intéressants aux points de vue social et juridique et justifier la maxime : « *Summum jus, summa injuria.* »

Vu. *Le Président de Thèse :*
NIBOYET.

Vu. *Le Doyen :*
ALLIX.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
ROUSSY

Bibliographie

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX ET MONOGRAPHIE

- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, 5^e éd., revue par E. Bartin, t. VIII.
- BAUDOIN Louis. — Des actes frauduleux du mari dans la gestion des biens de communauté. *Semaine juridique* 1933, 1053 et 1077.
- BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU. — Des personnes, t. IV.
- BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN. — Des donations entre vifs et des testaments, 2^e éd., 1891.
- BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE. — Du contrat de mariage, 2^e éd. 1931, 3 volumes.
- BÉQUIGNON Odette. — Les sanctions civiles au cas de divorce, Thèse Caen, 1928.
- COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil, t. I et III.
- ESMEIN P. — La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée. *Semaine juridique*, 1938, n^o 55.
- FENET. — Recueil des travaux préparatoires du Code civil t. IX.
- JOSSERAND. — Cours de droit civil positif français, t. I et III.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE L. — Loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée, D. H. 1938 Chr.
- LALOU. — Le jeu du mariage et du divorce et les changements du régime matrimonial, D.H. 1930, Chr., 9.
- LAURENT. — Principes de droit civil français, III, 5^e édit.

- LECLERCQ. — Dans quelle mesure le régime matrimonial des époux subsiste-t-il au cours de l'instance en divorce ? Thèse Dijon, 1936.
- LENOIR. — Les mesures provisoires et conservatrices relatives aux liens des époux dans l'instance en divorce. Thèse Paris, 1921.
- PAUCOT. — Les relations matrimoniales des époux pendant l'instance en divorce, en séparation de biens ou de corps. Thèse Paris, 1932.
- PLANIOL et RIPERT. — Traité élémentaire de droit civil, t. I et III.
- PLANIOL et RIPERT G. — Traité pratique de droit civil français, t. II ; A. Rouast, La Famille, 1 vol., Paris 1926
- PLANIOL et RIPERT. — T. VIII et IX M. Nast, régimes matrimoniaux, 2 vol.
- Revue trimestrielle de Droit civil.* — Chronique de jurisprudence civile.
- RIPERT G. — Le caractère de la pension alimentaire allouée au cas de divorce, D. H. 1927, Chr., 53.
- SAVATIER. — Des inconvénients du régime conventionnel de séparation de biens, D. H. Chr., 1929, 21.
- VÉRON. — Les actes accomplis par le mari sur la communauté en fraude des droits de la femme. Thèse Paris.

II. — NOTES DE JURISPRUDENCE

- N. Audinet, sous Cass. civ 12 décembre 1921, S. 1893. 1. 353.
— sous Cass. req. 2 mai 1927, S. 1928. 1. 185.
- N. Charlotte Béquignon, sous Paris 24 juillet 1928, S. 1929.
2. 97.
- N. Boucart, sous Cass. req. 16 novemb. 1921, S. 1923. 1. 217.
- N. Capitant, sous Cass. civ. 12 décemb. 1921, D. 1922. 1 153.

- N. Colin*, sous Cass. civ. 9 août 1899, D. 1901. 1. 433.
Rapport Colin sur Cass. civ. 23 janvier 1928, D. 1928. 1. 86.
N. Costes sous Limoges, 17 décembre 1935, S. 1936. 2. 201.
Rapport Denis sur Cass. req. 28 juillet 1903, D. 1904. 1. 37.
N. Esmein sous Cass. req. 17 mars et 16 avril 1931, 17 janvier et 28 juin 1934, S. 1934. 1. 377.
N. Gaudemet sous Cass. req. 15 décembre 1909, S. 1912. 1. 313.
N. Gény sous Cass. req. 10 octobre 1933, S. 1933. 1. 81.
N. Hubert sous Cass. req. 27 janvier 1930, S. 1932. 1. 97.
N. Labbé sous Cass. civ. 3 janvier 1893, S. 1893. 1. 225.
N. Labbé sous Cass. civ. 18 avril 1893, S. 1894. 1. 5.
N. Lalou sous Seine, 28 avril 1921, D. 1923. 2. 185.
N. T. Ch. Laurent sous Cass. req. 24 novembre 1931, D. 1932. 1. 32.
N. T. Ch. Laurent sous Trib. civ. Bayeux, 30 juin 1932, D. 1933. 2. 13.
N. de Loynes sous Cass. civ., 25 juin 1895, D. 1897. 1. 533.
N. de Loynes sous Cass. civ., 15 décembre 1909, D. 1911. 1. 25.
N. Minvielle sous Bordeaux, 21 février 1922, S. 1922. 2. 65.
N. Naquet sous Cass. req. 6 avril 1903, S. 1904. 1. 505.
N. Naquet sous Cass. req. 28 juillet 1903, S. 1905. 1. 9.
N. M. N. sous Cass. crim. 23 mars 1928, D. 1929. 1. 51.
N. Nast sous Paris, 1^{er} mars 1925, D. 1926. 2. 131.
N. Nast sous Colmar (Chambre détachée à Metz), 21 janvier 1930, D. 1930. 2. 182.
N. Nast sous Paris, 5 février 1931, D. 1932. 2. 165.
N. Planiol sous Paris, 24 mars 1903, D. 1905. 2. 1.
N. Ripert sous Cass. civ., 21 juin 1927, D. 1928. 1. 5.
N. Rouast sous Cass. civ., 27 mai 1921, D. 1923. 1. 65.
N. Rouast sous Cass. civ., 18 octobre 1926, D. 1927. 1. 101.

- N. Rousseau sous Trib. civ. Poitiers, 24 juillet 1929, S. 1929.
2. 113.
N. Roux sous Cass. crim. 22 juin 1935, S. 1936. 1. 353.
N. Savatier sous Cass. civ., 3 novembre 1924, D. 1925. 1. 137
N. Savatier sous Cass. req., 3 juillet 1928, D. 1929. 1. 9.
N. Savatier sous Cass. req., 12 mai 1936, D. 1936. 1. 109.
N. Tissier sous Cass. req., 27 octobre 1903, S. 1904. 1. 337.
Rapport Tissier sous Cass. req., 16 novembre 1921, S. 1923.
1. 217.
N. Voisin sous Le Havre, 21 juillet 1932, D. 1932. 2. 130.

III. — ABRÉVIATIONS

- D. 1928. 1. 23. — *Recueil périodique Dalloz*, année 1928,
1^{re} partie, page 23.
D. H. 1926, 108. — *Recueil hebdomadaire Dalloz*, année
1926, page 108.
D. H. Chr., 9. — *Recueil Hebdomadaire Dalloz*, année 1934,
chronique page 9.
Gaz. Pal. 1933. 2 538. — *Recueil de la Gazette du Palais*,
année 1933, 2^e semestre, page 538.
Gaz. Trib. 1932. 2. 42. — *Gazette des Tribunaux* 1932, 2^e
semestre, page 42.
Rev. trim. 1934, 692. — *Revue trimestrielle du droit civil*,
année 1934, page 692.
Rec. Caen 1926, 193. — *Recueil de jurisprudence de la Cour
de Caen*, année 1926, page 193.
Rec. Douai, 1921, 60. — *Recueil de jurisprudence de la Cour
d'appel de Douai*, année 1921, page 60.
S. 1923. 2. 195. — *Recueil Sirey*, année 1923, 2^e partie,
page 195.

Table des Matières

<i>Introduction</i>	5
---------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

<i>Rapports pécuniaires des époux au point de vue du devoir de secours</i>	7
--	---

<i>Section première. — Le devoir de secours pendant l'instance</i>	15
--	----

<i>Chapitre I. — Détermination de la pension alimentaire due en exécution du devoir de secours pendant l'instance</i>	17
--	----

A. — Par qui la pension alimentaire est due	18
---	----

B. — Temps pendant lequel est due la pension alimentaire	21
--	----

a) Naissance de la dette	22
--------------------------------	----

b) Moment auquel elle prend fin	23
---------------------------------------	----

C. — Fixation du montant de la pension alimentaire	27
---	----

a) Fixation de la pension proprement dite	27
---	----

b) Provision « ad litem »	30
---------------------------------	----

D. — Mode d'exécution de l'obligation de secours pendant l'instance	33
---	----

a) Versements périodiques	33
---------------------------------	----

b) Succédanés de la pension	35
-----------------------------------	----

<i>Chapitre II. — Garanties du paiement de la pension alimentaire allouée pendant la durée de l'instance</i>	36
--	----

A. — Garantie légale, hypothécaire	36
--	----

B. — Sûretés établies par le jugement	40
---	----

C. — Sanctions du non-paiement	41
--------------------------------------	----

a) Abandon de famille	44
-----------------------------	----

b) Saisie-arrêt	45
-----------------------	----

<i>Chapitre III. — Compétence et procédure en matière de pension alimentaire pendant l'instance</i>	49
---	----

<i>Section deuxième. — Le devoir de secours après le prononcé du jugement de divorce ou de séparation de corps</i>	55
<i>Chapitre I. — Le devoir de secours au cas de divorce</i>	56
I. — Nature juridique de la « pension alimentaire »	57
A. — Dans quelle mesure elle est alimentaire	59
a) Analogie dans les termes	60
b) Evolution de la notion d'obligation alimentaire	61
c) Etat de besoin chez le créancier	63
d) Caractère subsidiaire de la pension	65
e) Caractère variable	66
B. — Dans quelle mesure elle est indemnitaire	68
a) Elle n'est due que par l'époux en faute	68
b) Réparation du préjudice causé à l'époux innocent ..	70
C. — Caractère hybride de la pension de l'art. 301	71
a) Fixation de son montant	72
— moment de la fixation	72
— limite du tiers	74
— modifications	75
b) Charge de la pension	78
c) Droit de l'époux innocent à des dommages-intérêts	80
II. — Règlementation de la pension de l'art. 301	85
(garanties de paiement)	86
A. — Hypothèque légale	86
B. — Sanctions du non-paiement	88
a) Abandon de famille	88
b) Saisie-arrêt entre époux	90
<i>Chapitre II. — Le devoir de secours au cas de séparation de corps</i> ..	91
A. — Survivance du devoir de secours	92
B. — Intervention de l'idée de faute	95
<i>Chapitre III. — Le devoir de secours en cas de conversion de la séparation de corps en divorce</i>	97

DEUXIÈME PARTIE

<i>Rapports pécuniaires des époux au point de vue du régime matrimonial</i>	105
---	-----

<i>Section première. — Le régime matrimonial pendant l'instance</i>	109
---	-----

<i>Chapitre I. — Mesures provisoires</i>	113
--	-----

<i>Chapitre II. — Mesures conservatoires</i>	116
--	-----

A. — Mesures conservatoires requises par la femme	117
---	-----

a) sur les biens communs	118
--------------------------------	-----

— mesures relatives à l'aliénation	119
--	-----

aposition des scellés	119
-----------------------------	-----

autres mesures	122
----------------------	-----

— mesures privatives de l'administration	124
--	-----

saisie-arrêt	125
--------------------	-----

séquestre	128
-----------------	-----

b) sur les biens personnels de la femme	132
---	-----

c) sur les biens personnels du mari	134
---	-----

B. — Mesures conservatoires requises par le mari	134
--	-----

<i>Chapitre III. — Limites au principe que le régime matrimonial subsiste provisoirement pendant l'instance</i>	140
---	-----

A. — Restrictions des pouvoirs des époux	140
--	-----

a) annulation des actes frauduleux du mari	141
--	-----

b) modifications apportées par l'instance au fonctionnement du régime	148
---	-----

B. — Liquidation anticipée du régime matrimonial au cours de l'instance	154
---	-----

<i>Section deuxième. — Le régime matrimonial après le prononcé de la séparation de corps ou du divorce</i>	159
--	-----

<i>Conclusion</i>	176
-------------------------	-----

<i>Bibliographie</i>	179
----------------------------	-----

